

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil	686
---------------------	-----

DERECHO CIVIL

ALESSIO ROBLES, Miguel, "Derechos preferenciales en derecho mexicano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 11, núm. 11, 1987, pp. 43-81.

Por sí, es saludable que las leyes se analicen y comenten, pero tal suceso cobra mayor atractivo cuando dichas disposiciones se reforman o renuevan.

La glosa a dicha normatividad no ha de realizarse por puro criticismo o cientificismo jurídico, sino con la objetiva, serena y rigurosa preocupación de hallar la verdad al confrontarla con la realidad.

El autor de este ensayo manifiesta que la insuficiencia en la relación jurídica del derecho del tanto y demás derechos preferenciales de terceros y la falta de preceptos que den justa y equitativa solución a los posibles conflictos que se presentan en la práctica por la concurrencia de derechos preferenciales respecto de un mismo bien, así como la errónea interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha dado a estos problemas, le han motivado para realizar este trabajo. Básicamente, Alessio Robles, de los que juzga derechos preferenciales más importantes, analiza el concepto, naturaleza y bien jurídico que protegen, a fin de fijar opinión respecto de la sanción legal a imponerse al sujeto pasivo de la relación en caso de incumplimiento.

Escuetamente, también se hace referencia a los derechos de tercero no preferenciales: opción, oferta, promesa unilateral y pacto de retroventa.

Se ha escudriñado en los antecedentes a fin de contar con los elementos necesarios para establecer si los derechos preferenciales representan un límite al derecho de propiedad, si son un derecho real o personal y qué tipo de sanción es la pertinente.

Se inquirió pues al *derecho romano*, a *Las Partidas*, a las *Leyes de Toro*, a la *Novísima Recopilación*, al *proyecto García-Goyena*, a los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884.

Mayor espacio se dedicó al estudio de los derechos preferenciales en derecho mexicano.

El derecho del tanto entre comuneros tiene por *objeto* un doble *hacer*: notificar (obligación previa) y celebrar el contrato con el comunero si éste decide ejercer su derecho (obligación principal), y por *bien jurídico* protegido un doble *fin*: evitar la prolongación del estado de copropiedad (*fin* inmediato) e impedir la intromisión de un extraño en la comunidad (*fin* mediato).

La naturaleza de este derecho es bastante controvertida. Dos posiciones son las encontradas: una lo considera real, otra derecho personal. A ésta se adhiere el autor con razonados argumentos. En cuanto a la *forma de ejercitar* tal derecho, el enajenante ha de notificar fehacientemente al sujeto activo (comunero, arrendatario...) su deseo de vender.

El derecho del tanto *surge* a favor del beneficiario sólo cuando quien pretende enajenar sus derechos lo realice en virtud de la venta, la dación en pago y excepcionalmente la permuta. No existe tal cuando está de por medio una donación, una persona moral y la calidad de socio, una remisión de deuda y una transacción por la que el enajenante conseguirá el beneficio de evitar una controversia futura o concluir una presente.

Ahora bien, sentencia categórico el autor: una vez aceptada la oferta hecha a través de la notificación y dentro del plazo legal, *no puede decirse que haya venta por existir acuerdo sobre precio y cosa*, pues en este caso este principio sufre una excepción, dado que la obligación correlativa al tanteo es exclusivamente un límite al derecho de propiedad y no un acto atentatorio de aquél.

Por otra parte, considera Alessio Robles que la Suprema Corte de Justicia ha llevado sus decisiones por caminos equivocados y, en ocasiones, contradictorios, a causa de la debida e insuficiente legislación en la materia.

Al ser violado el derecho del tanto, la única *sanción* jurídicamente procedente es según el articulista, la acción de *retracto*.

Respecto al derecho de preferencia *por* el tanto, sus diferencias frente al derecho *del* tanto radican en la fuente, la naturaleza jurídica y la sanción.

En cuanto al derecho del tanto del usufructuario, difiere el autor de la mayoría de la doctrina, al considerarlo precisamente derecho *del* tanto y no *por* el tanto.

En lo que se refiere al derecho del tanto del arrendatario de casa habitación, se subraya que lo relevante de este nuevo supuesto es no sólo la sanción prevista para el caso de violación, sino la marcada falta de técnica jurídica de que adolece su reglamentación, por lo demás injusta e inequitativa y que llevada a la práctica ha ocasionado diversas interpretaciones y simulaciones con el fin de soslayar su aplicación.

Inclínase Alessio Robles a calificar a este derecho más *por* que *del* tanto.

Refiriéndose al derecho del tanto previsto para los condóminos, la preceptiva aplicable adolece de serios defectos de técnica jurídica, que lo han apartado de la práctica para dejarlo en calidad de letra muerta.

En el último apartado el autor analiza brevemente los conflictos que suscita la concurrencia de diversos derechos preferenciales al tiempo que sugiere una reglamentación más específica.

Se puede o no estar de acuerdo con el ensayista, pero es indudable lo oportuno e interesante de sus reflexiones.

La confrontación de diversos pareceres que aquí se nos han presentado nos da oportunidad, al evaluarlos, de formarnos un criterio al respecto, ya sea muy personal o inclinado a la opinión que nos sea más convincente.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

CRISCUOLI, Giovanni, "Il problema del risarcimento del danno da procreazione 'non programmata': le risposte della giurisprudenza di *common law*", *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoles, núm. 2, 1987, pp. 442-464.

Las experiencias científicas en el campo de la genética han producido un gran número de cuestionamientos en el ámbito jurídico. El artículo que reseñamos aborda una problemática específica: el resarcimiento del daño por una procreación no programada.

El autor inicia explicando que existe un método de manipulación genética a través del cual se pueden separar los cromosomas masculinos de los femeninos contenidos en el semen humano, de tal suerte que se puede ordenar una inseminación artificial a fin de que una mujer sea fecundada con unos u otros, a su elección.

Como primer punto de reflexión, Criscuoli plantea el problema de la discriminación sexual que así se genera en el *nasciturus* no tanto por la eliminación de unos u otros gametos, sino porque en este proceso de centrifuga se quita a la "víctima" la posibilidad de nacer y, en su caso, de ser efectivamente discriminada. Argumento poco claro pero que es reforzado por otro que atañe a la posibilidad de un rompimiento del equilibrio natural entre los sexos al propiciarse artificialmente un mayor número de nacimientos de alguno de los sexos. El autor afirma que ello conlleva un peligro latente para el género humano.

De esta reflexión general descende para enfocar la postura de la jurisprudencia del *common law* en casos específicos, como son el derecho al resarcimiento del daño que asiste o no a los progenitores respecto del médico o la institución sanitaria que no hubieren impedido el nacimiento de un hijo no deseado a expresa petición de los mismos progenitores.

La jurisprudencia americana e inglesa, al decir del autor, distingue en esta línea los *wrong-ful-birth-cases*, de los *wrong-ful-life-cases*. Los primeros corresponden precisamente a la circunstancia que mencionamos en el párrafo anterior y los segundos a las controversias promovidas por quien fue engendrado o hecho nacer con un defecto físico o mental o en una situación de desventaja social o moral, contra el progenitor o el médico que, por culpa o negligencia, lo haya hecho nacer en esas circunstancias. Los primeros, pues, se refieren a la violación del derecho a la procreación y los segundos a la violación del derecho a la salud y a una vida digna. Su estudio, interesante por cierto, se enfoca en el primer grupo.

Afirma que la primera respuesta radical de la jurisprudencia fue negar el derecho al resarcimiento del daño en estos casos, dado que el nacimiento es un valor de tal magnitud que no se puede calificar de antijurídica una conducta que lo produzca. Además de que es contrario al interés público el someter a un niño a la presión psicológica de un juicio en el que se le califica de "hijo no deseado".

Frente a esta postura radical, nos presenta la postura de una minoría que señala que la injuria no está en el nacimiento sino en la gestación no deseada, ya que es atentatoria contra el derecho de la persona a procrear conscientemente, derecho reconocido como fundamental, pero que limita la acción de resarcimiento del daño. Existe una tercera postura que, como la anterior, acepta sin cortapisas la existencia de una injuria en los nacimientos no deseados cuando existe la responsabilidad de un tercero; sin embargo, se niega cualquier resarcimiento a ese daño en base a dos argumentos: el primero afirma que sí hay daño, pero no es cuantificado pecuniariamente; el segundo afirma que sí existe el daño, pero que la madre pudo poner fin a su embarazo no deseado a través de un aborto.

Frente a este argumento se levantan muchas inquietudes dado que el aborto sigue siendo un delito, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, permitido sólo en casos específicos y aunque se considere que éste es uno de ellos, no se puede obligar a una mujer a abortar. Para mayor claridad del punto en discusión, el autor señala el caso

de una mujer con tres hijos que se hizo esterilizar en una clínica estatal en Inglaterra, dicha operación no fue realizada correctamente y tiempo después se produjo el embarazo, mismo que fue detectado por la paciente veinte semanas después, cuando ya no había posibilidad alguna de recurrir a ese medio.

Ante estos casos las respuestas de la jurisprudencia son dos, ambas reconociendo el resarcimiento del daño. La primera limitada a los daños causados por la irresponsabilidad en la asistencia médica de la esterilización, en donde no se incluyen los gastos de mantenimiento, educación y asistencia del hijo no deseado y las cantidades no recibidas por la madre por pérdida de su fuente de trabajo. La segunda sí incluye todo esto en la reparación del daño, dado que la responsabilidad médica es evidente y se considera que el daño no es en sí el hijo sino las consecuencias patrimoniales que su nacimiento acarrea.

Evidentemente, entre los puntos encontrados existen muchas soluciones que buscan un equilibrio, un compromiso ante este problema que, además de ser jurídico, conlleva una gran carga ética y psicológica; sin embargo, las soluciones de compromiso, en opinión del autor, con la cual comulgamos íntegramente, en estos casos no ayudan en nada, dado que al intentar una solución salomónica entre las ventajas o desventajas económicas y morales colocan a la madre y, en su caso, al padre, en posición tal que a mayor disfrute de su maternidad y paternidad menor será lo que obtengan como reparación del daño, posición totalmente injusta.

Este artículo, desde nuestro punto de vista, coloca en la mesa de análisis un aspecto que, en afán tecnicista, se pierde al hablar de los avances médicos en genética y de responsabilidad médica: el aspecto psicológico de los afectados por la conducta irresponsable que dio lugar a un nacimiento no deseado. Nuestro interés al realizar esta reseña, es rescatar esta parte, ya que consideramos que el derecho —doctrina, legislación y jurisprudencia— debe tener siempre presente al ser humano como una entidad psico-biosocial que no puede ser tratada sino en la integración de estos tres aspectos.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

CHAFI, Mohamed, "L'Islam et l'insémination artificielle", *Revue Juridique et Politique*, París, núm. 4, octubre-diciembre de 1987, pp. 356-362.

Actualmente, la procreación artificial está a la orden del día; ha dejado de formar parte de la ciencia ficción para convertirse en una realidad social, y, quizá, en "un problema de civilización". En efecto, ante la difusión de la inseminación artificial, y frente a un vacío jurídico, el tema suscita interrogaciones y numerosos debates —recuerda el autor—.

Los problemas de las parejas estériles han dado una importancia particular al procedimiento artificial de fecundación: madres "portadoras", "donadoras" o "de acogimiento", pues sin esta práctica científica, muchas parejas no tuvieron hijos. El desarrollo de la investigación médica explica que la demanda de los procedimientos artificiales de fecundación haya aumentado en los últimos decenios: se estima en siete mil el número de niños nacidos en Francia mediante la técnica de la inseminación artificial, en diez años, entre 1970 y 1980.

Si la cuestión de la procreación artificial plantea actualmente problemas de orden ético, jurídico, político, religioso y filosófico, en cambio, en ciertos países islámicos no parece susceptible de fomentar debates, pues los teólogos musulmanes han definido su posición frente a este nuevo modo de fecundación.

1. *En el Islam*, la familia está fundada en el matrimonio, el celibato se mira con desfavor, el monaquismo está prohibido, y el adulterio —formalmente condenado— se sanciona con gran severidad.

"La ética musulmana —expone el autor— es favorable, en el marco del matrimonio (o del concubinato legal), a la satisfacción del instinto sexual." En efecto, el Corán y la Sunna insisten en el matrimonio, pues "éste garantiza la continuidad de la especie humana y la protege del desorden". De ahí que la procreación es el fin principal del matrimonio islámico. Al Ghazali, gran teólogo musulmán, "considera la posteridad como la primera ventaja del matrimonio y su búsqueda como una obra pía". En efecto, para proteger la descendencia y evitar la intrusión de extraños en la familia legítima, el Corán prohíbe tanto la adopción como el adulterio. El derecho musulmán reconoce sólo, pues, la filiación legítima, la que se origina dentro del matrimonio.

Ahora bien —pregunta el autor—, ¿podría realizarse la búsqueda de la posteridad mediante la fecundación artificial, sin la relación sexual de los cónyuges?, ¿podría constituir este método científico un paliativo a la esterilidad, o bien podría semejante operación atentar contra la voluntad divina, la única que tiene el poder creador?

No existe en el Corán ni en la Sunna, las dos fuentes principales del derecho musulmán, huella alguna de la práctica de la inseminación artificial. Pero —señala el autor—, en el periodo anteislámico existió una unión llamada "*al istibdaa*" (es decir unión procreativa) mediante la cual el marido, deseoso de tener un hijo, permitía que su esposa cohabitase con otro hombre "de gran celebridad o de buena reputación". Al resultar embarazada, la mujer regresaba al domicilio conyugal, y el *nasciturus* era considerado como el hijo del marido de la madre. Esta práctica podría evocar una inseminación artificial actual, si bien —destaca el autor— se realizaba de manera diferente.

El Islam ha legitimado únicamente la forma de unión matrimonial arriba mencionada, prohibiendo las diferentes formas del matrimonio anteislámico (el secreto, el temporario, el "detestable", el "compensatorio", y la poligamia —practicada sin restricción ni control—). De ahí que toda relación o práctica que no fuere la que realicen normalmente los cónyuges legalmente casados, queda formalmente prohibida y contraria a la moral musulmana. Así es como la inseminación artificial no podrá desarrollarse en tierra del Islam, a diferencia de lo que sucede en Europa y en los Estados Unidos, pues las costumbres y las reglas de moral islámicas no podrán aceptar que se recurra a esta técnica. Ello no impide que hoy en día, en ciertos países musulmanes, principalmente en Egipto y en Arabia Saudita, en el dominio religioso se plantea el problema de la compatibilidad del recurso a la inseminación artificial, y especialmente de la fecundación *in vitro*, con los principios de la religión musulmana.

Se han emitido varias *fatwas* (consultas jurídicas) al respecto. Concierten en que la "inseminación artificial podría ser tolerada cuando se realice entre los dos cónyuges, mediante la semilla del marido y sin que intervenga un elemento extraño (un donador, un útero) a la operación". Cabe mencionar que en mayo de 1987, la primera procreación artificial en los países islámicos ha sido oficialmente realizada en Jordania: una *fatwa* del muftí del Reino Hachemita ha autorizado la fecundación *in vitro* en la medida en que se realice entre los cónyuges donadores.

2. *De ahí que la inseminación artificial*, mediante la simiente del marido, podría admitirse —estima el autor—. En efecto, ésta no iría en contra de los principios del derecho familiar, ya que la mujer está fecundada por la semilla de su marido, y el niño así concebido es, pues, el hijo de los dos cónyuges. En los países occidentales, la esterilidad de uno de los esposos justifica el recurso a la inseminación artificial.

En el Islam la solución es muy diferente, y refleja la preponderancia absoluta —inmutable e intangible— que la religión y la moral social la mujer sea estéril, el marido podrá volver a casarse, sin que repudie asignan al hombre, al individuo de sexo masculino. En efecto, cuando forzosamente a su esposa, o bien podrá recurrir a la repudiación para contraer un segundo matrimonio.

En cambio, como podía sospecharse, el problema reviste una singular amplitud cuando se trata de la esterilidad del marido: “En este caso —destaca el autor—, la esterilidad del esposo no concede a la mujer derecho alguno para resolver su situación.” En efecto, la mujer está obligada a la monogamia y no puede repudiar unilateralmente a su esposo estéril. En consecuencia, no podrá recurrir a la fecundación artificial, mediante la semilla de un donador. La posición de los teólogos musulmanes es categórica al respecto: la inseminación artificial realizada por el esperma de un donador constituye “una ignominia absoluta”, pues equivale a un adulterio. La doctrina es unánime y la opinión pública condena sin reserva la heteroinseminación —subraya el autor—.

En efecto, recordemos que el derecho musulmán reconoce solamente la familia legítima y, en consecuencia, protege celosamente su filiación. De ahí que el niño nacido de una inseminación artificial heteroconyugal, se considerará como un hijo adulterino.

Dicho de otro modo, el problema de *la esterilidad del marido* carece de solución para la mujer musulmana: por una parte, no puede recurrir a la fecundación artificial, pues esta práctica se asimila al adulterio, y, por otra, el Corán prohíbe la adopción. En verdad no existe solución alguna, ya que el Corán, la Sunna, las *fetwas*, las costumbres, la memoria colectiva y la moral social, en resumen todo el sistema islámico tiende a magnificar al hombre, al individuo de sexo masculino, asegurándole derechos exorbitantes frente a la mujer, individuo de segunda zona por excelencia, reducida a la condición de accesorio silencioso e inanimado.

Monique LIONS

KNOPPERS, Bertha María, “Verité et information de la personne”, *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, pp. 819-841.

La Asociación Henri Capitant organizó sus jornadas anuales bajo el tema general de “La verdad y el derecho”. En este contexto, Bertha Ma-

ría Knoppers analiza la protección de la información personal, así como el derecho a ser informado sobre sus asuntos personales. Dicho análisis gira alrededor de dos principios: el derecho a la verdad y el derecho a la vida privada.

Concretamente se refiere a la búsqueda de los orígenes personales en los casos de adopción o en el marco de la inseminación artificial, por un lado, y a las relaciones entre el médico y el paciente, por otro.

En relación a la adopción en Quebec, a partir de 1982 se construyó un régimen jurídico alrededor de la adopción en el que prevalece el principio confidencial sobre los expedientes de la adopción. Con este principio el legislador de Quebec pretende favorecer la protección de la vida privada. Sin embargo, este carácter confidencial tiene algunos inconvenientes, sobre todo cuando se trata de encontrar los antecedentes genéticos del individuo para el tratamiento de ciertas enfermedades. Dicho inconveniente es válido tanto en las adopciones como en la inseminación artificial heteróloga.

En estos casos de excepción la jurisprudencia canadiense ha resuelto que sobre el derecho a la intimidad debe prevalecer el derecho a la vida, por lo tanto ha permitido la investigación necesaria en los expedientes del individuo de que se trate y su divulgación a los médicos o parientes que la requieran.

El marco jurídico de este derecho a la intimidad y del carácter confidencial de los expedientes de adopción está dado por la Ley sobre la Protección de la Juventud y la Ley sobre el Acceso a los Documentos de los Organismos Públicos y sobre la Protección de la Información Personal. Ambos ordenamientos son derivados de la Carta de los Derechos y Libertades de la Persona.

La discusión es muy amplia, pues confluyen varios intereses y derechos que pueden llegar a contraponerse entre sí: el derecho a la vida y a la intimidad; el derecho a conocer sus propios orígenes; el derecho a la vida privada; derechos tanto del adoptado como de sus padres biológicos y padres adoptivos. Para entender la magnitud del problema, es necesario apuntar que en Quebec el artículo 632 del Código Civil permitía al adoptado acudir a los tribunales a fin de encontrar a sus padres biológicos y éstos, en dicho procedimiento, podían aceptar o negar el encuentro solicitado. Después de las reformas de 1982 esta solicitud se hace a través del Centro de Servicios Sociales, sin necesidad de la intervención judicial. En las decisiones de ambos casos ha prevalecido el derecho a la vida privada de la persona buscada, lo que significa que en Quebec existe un derecho que no tiene posibilidad

alguna de ejercerse salvo que se trate de los casos de excepción que Knoppers señaló inicialmente.

La autora concluye que en la discusión filosófica entre derecho y verdad en materia de adopción, es la verdad social la que prevalece sobre la verdad biológica. En cuanto a la inseminación artificial, afirma que las personas libremente pueden optar por una verdad oficial o social con el riesgo de la inseguridad que genera la falta de exactitud en los expedientes médicos.

La inseminación artificial, pues, convulsiona la verdad frente al derecho, así como los derechos de la personalidad, las nociones de pariente y parentesco, de hijo, padre y madre.

Respecto de los derechos de la personalidad (a la vida privada y a la inseminación), explica que dentro del marco jurídico de Quebec tanto el respeto a la vida privada como el secreto profesional del médico están asegurados. Si bien es cierto que no existe mención expresa de la inseminación artificial, si se considera que las personas que intervienen en dicho proceso son pacientes, incluidos los donadores, entonces el médico deberá guardar el secreto profesional y sólo podrá dar la información contenida en el expediente del caso previa autorización de los involucrados, por disposición de la ley o por sentencia de un tribunal que así lo decida. Le son aplicables, pues, las reglas contenidas en la Ley sobre el Acceso a Documentos de Organismos Públicos y sobre la Protección de la Información Personal, en la Carta de los Derechos y Libertades de las Personas y en la Ley sobre los Servicios de Salud y de los Servicios Sociales.

En diferentes sectores se denota una inclinación, al igual que en la adopción, a salvaguardar el derecho de los hijos a conocer sus orígenes; sin embargo, los comités de las provincias canadienses se inclinan a defender el anonimato de los donadores en favor de la intimidad de éstos y de su armonía familiar. Por ello, no existe una centralización de los expedientes de las inseminaciones artificiales.

En nuestra opinión, tal parece que a los diferentes grupos que moldean la opinión pública se les olvida que la donación de semen o de óvulos está totalmente desvinculada de cualquier contacto sexual entre el donador o donadora y la receptora, con lo cual las consideraciones "moralistas" sobre la "paz" y "armonía familiar" de aquéllos carecen de valor.

Independientemente de las consideraciones que pudieren hacerse en pro y en contra del anonimato de los donadores de gametos, Knoppers toca un punto importantísimo al respecto: la ausencia de información,

expedientes, control, sobre tales donaciones. Afirma que, en realidad, en ningún país existe una verdadera centralización de la información sobre los niños nacidos por inseminación artificial, lo que hace verdaderamente imposible cualquier investigación al respecto. En Quebec al no existir disposición específica en la Ley sobre el Acceso a la Información, la comisión correspondiente se ha limitado a recomendar una serie de fórmulas para intentar salvaguardar el derecho del niño a conocer sus orígenes. La autora expresa que es deseable abrir los caminos para que la franqueza tenga cabida en el seno familiar a fin de promover la aceptación social de la verdad convencional y, sobre todo, la verdad biológica.

En la segunda parte de su trabajo enfoca los derechos del paciente con el lente de la verdad médica. Abre su análisis explicando que en Quebec se siente la influencia norteamericana en el sentido de la obligación que tiene el médico de informar claramente al paciente sobre su estado antes de emprender acción alguna, dándole a este último la oportunidad de decidir en forma autónoma si se somete o no a los tratamientos recomendados.

La interpretación de la Corte canadiense ha evolucionado desde una consideración paternalista de "protección al paciente" a una visión liberal para llegar a la postura actual que considera al médico como un prestador de servicios. Así la causalidad, en caso de conflicto, ha de resolverse a través del cuestionamiento objetivo: ¿una persona en plenitud de sus facultades mentales hubiera dado su consentimiento a un diagnóstico y posterior tratamiento si se le hubiera informado en forma detallada sobre todos los riesgos inherentes?

Frente a esta causalidad objetiva existe la opinión derivada del *Code de deontologie* según la cual el médico deberá evaluar si al proporcionar la información al paciente le puede o no causar un traumatismo psicológico. Aún así la Corte, al decir del autor, ha mantenido su criterio actual en el sentido de que no es el médico el que debe decidir si el paciente es incapaz de asimilar la información; la determinación de someterse o no a un tratamiento es una prerrogativa del paciente.

Ahora bien, el manejo de la información no es sólo un asunto entre el paciente y el médico, existen ocasiones en que esta información debe trascender a la familia y a terceros para impedir daños mayores, como es el caso de enfermedades que se transmiten sexualmente o por herencia, como el SIDA.

En estas ocasiones el Estado, por causa de interés, debe divulgar la verdad, el diagnóstico que afecte la salud o la vida de un niño o de

un adulto. Existe una lista de enfermedades que deben ser reportadas a los centros estatales de salud. El SIDA fue incluido en esta lista a partir de 1986, aunque se prohíbe divulgar el nombre del paciente.

Concluye su trabajo afirmando que dentro del axioma "El Estado: un asunto público y la vida privada un secreto de Estado" se insertan complejos intereses a la luz de la verdad biológica y la verdad médica. Intereses que afectan la vida humana, la intimidad de las personas y la seguridad de la comunidad. Sostiene que una sociedad abierta, libre y democrática debe cuidar el respeto a la vida privada de sus integrantes, pero también garantizar su seguridad. La conjugación de ambos intereses debe estar dada a través de una norma jurídica.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

NIYONZIMA, Mathias, "L'indexation de la pension alimentaire après divorce; l'exemple de quatre législations issues du Code Napoleon: Burundi, Belgique, France, Pays-Bas", *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruselas, t. LXIV, núms. 1-2, 1987, pp. 7-35.

En los sistemas económicos mundiales, el proceso inflacionario está ocasionando verdaderos estragos en los modos de vida de la población.

En especial en aquellos países donde su legislación contempla la invariabilidad de las deudas monetarias, la inflación está diluyendo las obligaciones pactadas en dinero, en perjuicio de una de las partes. Por el solo transcurso del tiempo, las obligaciones van perdiendo gradualmente su contenido económico inicial y la equivalencia de las prestaciones originariamente convenidas.

Las exigencias del derecho muchas veces se encuentran en franca contradicción con las realidades económicas.

Los cuatro países elegidos por el autor, aseguran el "nominalismo monetario", según el cual la cuantía de una obligación pactada en dinero no puede ser alterada por la depreciación del valor de la moneda.

En los cuatro países el aspecto legal es similar. Existe en ellos el mismo criterio que consagra el artículo 1895 del Código Civil francés, que dispone:

La obligación que emana de un préstamo de dinero, consistirá siempre en la suma numérica enunciada en el contrato. Si ha habido aumento o disminución del valor de la moneda, antes de la época

del pago, el deudor debe restituir la suma numérica convenida y devolver sólo esta moneda de acuerdo al curso legal que tenga al momento del pago.

Sin embargo, ante un proceso inflacionario persistente y progresivo, el legislador, por razones de equidad, ha debido considerar situaciones de excepción. El autor ha elegido entre ellas, las que se refieren a las pensiones alimenticias a que tienen derecho los ex cónyuges después del divorcio.

Originariamente el artículo 301 del Código Napoleón, que consideraba esta materia, decía:

Si los esposos no han hecho ningún convenio, o si el efectuado no es suficiente para asegurar la subsistencia del esposo que ha obtenido el divorcio, el tribunal podrá acordarle, sobre el patrimonio del otro esposo, una pensión alimenticia que no podrá exceder de una tercera parte de los ingresos de este último. Esta pensión será revocable cuando deje de ser necesaria.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia discrepaban acerca de si se trataba de una pensión simplemente alimenticia o de una indemnización. Si constituía deuda de alimentos podía ser revisable, en cambio si se trataba de una indemnización no lo era.

Ripert sostuvo que tenía un doble carácter, la jurisprudencia se inclinó por reconocer la variabilidad de la pensión.

La Corte de Casación francesa, el 11 de diciembre de 1945, reconoció la reajustabilidad de la pensión en función de las "fluctuaciones del costo de la vida" a causa de la inflación. Esta sentencia fue confirmada por otras decisiones jurisprudenciales.

En Bélgica la *indexation* de la pensión acordada después del divorcio fue también aceptada por la jurisprudencia.

No obstante, la jurisprudencia en estas sentencias ha mantenido el principio de la invariabilidad de la pensión, pues considera que "la *indexation*, no hace sino estabilizar y preservar el valor real de la pensión, sin verdaderamente modificarla".

Reformas legislativas posteriores aclararon estos conceptos. En Francia se dictaron dos ordenanzas relativas a la *indexation* el 30 de diciembre de 1958 y el 4 de febrero de 1959. El artículo 208 fue modificado por una ley dictada el 3 de enero de 1972, en la forma siguiente: "El juez puede, aun de oficio y según las circunstancias del caso adecuar la pensión alimenticia con una cláusula de variación permitida por las le-

yes vigentes." Se trata, dicen los juristas, de una facultad y no de una obligación del juez, que escapa, por lo tanto, a la jurisprudencia de la Corte de Casación.

Las dos ordenanzas prohíben la *indexation* fundada en el salario mínimo o sobre el nivel general de precios al consumidor, salvo las concernientes a deudas de alimentos o la constitución de rentas vitalicias de carácter alimentario.

En la actualidad, la legislación no considera el otorgamiento de pensiones después del divorcio, pues la pensión ha sido reemplazada por prestaciones compensatorias, que no son revisables. Sólo por excepción el esposo que solicita el divorcio por ruptura de la vida en común, está obligado a otorgar una pensión alimenticia al otro cónyuge (artículos 237 a 241).

En Bélgica la jurisprudencia había aceptado la *indexation* de la pensión decretada después del divorcio. Reafirmó este criterio la ley de 9 de julio de 1975 que introdujo una modificación al artículo 301 del Código Civil, que es del tenor siguiente:

El tribunal que decrete la pensión constatará que ella sea adaptada de pleno derecho a las fluctuaciones del índice de precios al consumidor. El monto básico de la pensión se ajustará al índice de precios al consumidor del mes en que quede ejecutoriado el divorcio, a menos que el tribunal decida otra cosa. Cada doce meses el monto de la pensión se adaptará al alza o baja del índice de precios al consumidor del mes correspondiente.

El juez puede reajustar la pensión de acuerdo con el alza del costo de la vida o mediante una prestación compensatoria como un usufructo sobre bienes del ex esposo.

En Holanda existe una obligación general de *indexation* automática de todas las pensiones alimenticias sin excepción en virtud de la Ley de *Indexation* de 6 de julio de 1972.

Burundi es un país africano que estuvo bajo la tutela de las Naciones Unidas y fue administrado por Bélgica hasta el 1o. de julio de 1962.

Rige actualmente una ley sobre las personas y la familia, dictada el 15 de enero de 1980.

Admite Burundi la variabilidad de las pensiones en función de las necesidades del acreedor y de los recursos económicos del deudor. La pensión alimenticia es revocable y reducible cuando sea necesario. No puede exceder de un tercio de los ingresos del obligado a pagarla.

No está prevista por la ley la *indexation* de las pensiones, pero el juez, por razones de equidad, puede modificarla de acuerdo con los índices de inflación (artículo 186).

Lisandro CRUZ PONCE

PATTI, Salvatore, "Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1315-1323.

La inseminación artificial es, hoy por hoy, un recurso de la medicina al alcance de quien lo desee. Este recurso, querámoslo o no, convulsiona más de un centro del conocimiento humano: moralistas, filósofos, juristas, psicólogos, sociólogos, etcétera, cuestionan principios y estructuras que parecían definitivamente asentados en el quehacer humano. El artículo que reseñamos forma parte de un esfuerzo de los juristas italianos por clarificar los alcances jurídicos de este recurso.

Patti sostiene que uno de los problemas más difíciles de solucionar dentro de esta temática es el del derecho que hombres y mujeres tienen de conocer sus propios orígenes biológicos. Problema estrechamente vinculado con el derecho al anonimato del donador de gametos. La Comisión Santosuosso elaboró un proyecto en donde se atiende y garantiza sólo este último. El autor explica que no se puede tomar una sola de las facetas del problema sin tomar en consideración varios aspectos:

En primer lugar existe el interés que todo ser humano tiene de conocer sus propios orígenes. La duda acerca de ellos conlleva un desequilibrio afectivo que puede ser muy grave, sobre todo en la pubertad. También debe tomarse en cuenta que la verdad no siempre es recibida con agrado, ello dependerá de la forma y el contexto educativo en que se le maneje.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta el eventual interés del donador no sólo de mantenerse en el anonimato, sino de no tener ninguna relación con el recién nacido.

La Comisión Santosuosso, como ya apuntamos, se inclinó por la protección de este último interés, resolviendo en forma similar el problema planteado por la inseminación artificial y el planteado por la adopción.

Patti explica que el artículo 28 de la ley del 14 de mayo de 1983, establece que la inscripción sobre el estado civil de un adoptado debe hacerse indicando nada más el apellido del menor sin incluir ninguna información sobre su filiación biológica. Asimismo, se señala que queda prohibido a los oficiales del registro civil proporcionar cualquier tipo de información al respecto. Las excepciones a esta regla deberán ser hechas por un juez competente. El autor señala que si bien es cierto que la respuesta a ambos problemas es análoga, tienen una profunda diferencia, ya que el proyecto Santosuosso no acepta excepciones a la regla del anonimato.

Para aportar elementos en la discusión menciona, en su artículo, las soluciones que han dado, en algunos países, a este conflicto de derechos: En Suecia se consagra el derecho a conocer sus propios orígenes. Lo mismo acontece en Estados Unidos. Sin embargo, el Consejo de Europa se inclina a recomendar el anonimato del donador, recomendación que no ha influenciado del todo a los países miembros, como es el caso de la República Federal de Alemania en donde la doctrina, bajo un principio constitucional, defiende el derecho a conocer sus propios orígenes. Se afirma que la prohibición expresa del donador tiene sólo una función clasificadora.

Continúa el autor con la afirmación de que cualquier intervención de la legislatura debe concretarse a regular el registro de los datos personales del donador en el registro civil sin favorecer expresamente el derecho a conocer del nacido. Ello en virtud de que también existe un derecho a "no saber", según el cual se afirma que los padres adoptivos o "sociales" no tienen por qué hacer saber la verdad sobre su origen a un niño que no hace preguntas sobre el mismo. Además, afirma que para no hacer imposible de hecho el ejercicio del derecho a conocer, se debería condicionar la donación del semen a la aceptación de la identificación del donador, para que tal información pueda ser transmitida al interesado (el concebido) cuando la requiera. Estas consideraciones doctrinales no incluyen, evidentemente, la posibilidad de una reducción de los donadores, disminuyendo así, el acceso a la inseminación heteróloga.

En Austria, en cambio, se favorece el anonimato, precisamente argumentando que así se mantiene la disponibilidad de donadores, amén de que con ello se previenen los efectos negativos que podría acarrear al donador el conocimiento de la verdad, ya sea en el ámbito de su propia familia, como en relación con el padre social del niño.

Entre los argumentos favorables al derecho a conocer, está en primerísimo lugar el del desarrollo de la personalidad, aunque se reconoce que dicho derecho no encuentra fundamento alguno en las normas constitucionales.

Concluye su análisis afirmando que en la valoración de los diversos argumentos en pro y en contra de ambas posturas, de sus consecuencias prácticas y de sus riesgos, debe tenerse siempre presente un dato: "la persona humana, independientemente de la forma en que ha sido concebida, no puede ser considerada como un medio para alcanzar un fin, ni siquiera uno tan apreciable como el ligado a satisfacer el deseo de tener un hijo".

En este punto, ética y derecho están íntimamente ligados, no puede darse una solución jurídica sin tomar en consideración la jerarquía de valores que van conexos. Ello es cierto; sin embargo, nosotros pensamos que frente a un fenómeno nuevo el cuestionamiento debe partir de las propias estructuras, lo cual implica cuestionar los valores y su jerarquía hasta ahora prevaleciente en una comunidad.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

STELLA, Carlos Roberto, "Daño moral en el hecho ilícito", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, año XXVIII, núm. 48, marzo-diciembre de 1987, pp. 113-130.

El rubro del artículo motivo de esta recensión, nos trae a la mente la reforma que se hiciera a nuestro Código Civil al término de 1982 (véase *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1982).

Asunto controvertido en aquella ocasión y aún hoy controvertible como lo demuestra este ensayo.

El derecho romano sirve al autor de marco histórico, antecedente y punto de partida para el estudio de la figura.

En dicho ámbito se evoluciona de la esfera del derecho penal a la del derecho civil.

Concebido, desde entonces, el daño moral como el menoscabo a las afecciones legítimas e íntimas de una persona, permea así el derecho hispanoamericano.

La legislación comparada, no uniforme aún, muestra este aspecto en tres formas: un primer grupo *acepta* la *resarcibilidad* de cualquier daño moral (Argentina, Japón, Libia, México, Perú y Venezuela); otra

porción de ordenamientos admite la reparación del daño sólo *excepcionalmente* (Alemania, Brasil, Italia, Suiza); finalmente, un tercer conglomerado no regula explícitamente el daño moral (Colombia, Chile, España, Francia).

Naturaleza subjetiva, lesión a derechos extrapatrimoniales y exclusión de los perjuicios recompensables por vía del daño directo, peculiarizan a la institución.

Aclaración muy oportuna es la referente a la naturaleza de la lesión, la cual debe ser eminentemente *espiritual* para configurar un daño precisamente moral.*

En efecto, el daño moral es la lesión intensa al equilibrio espiritual que la ley presume que existía con anterioridad al hecho que la produjo, o en caso de no existir ese equilibrio, se trata de una nueva lesión que *intensifica* la aflicción espiritual. Dicha perturbación es la que *razonablemente* provoca una "herida de sentimiento".

Dos tipos de lesiones, pues, son las que básicamente conforman, según Stella, el daño moral: a) las que alteran el equilibrio espiritual normal de una persona; b) las que configuran una nueva lesión a los sentimientos, mismas que intensifican una lesión permanente y anterior.

Respecto a la relación surgida entre daño moral y repercusión material, parécenos adecuado el señalamiento de que la cuantía de la reparación del daño moral debe guardar *razonable* proporción con la importancia de los perjuicios materiales.

Sobre la *naturaleza jurídica* del daño moral, se nos exponen las dos teorías que han dividido a la doctrina: la punitiva o de la sanción ejemplar y la resarcitoria. Aquélla ve en la reparación del daño moral, una suerte de pena, con la que se castiga al responsable del ilícito, teniendo en cuenta dos factores: la gravedad de la conducta obrada y la capacidad económica del obligado al pago. La otra destaca el carácter indemnizatorio en favor de la víctima del hecho ilícito.

Tal parecer asigna al dinero una función de satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado, además de la función de equivalencia. Para lo que sirve el dinero obtenido por el daño moral, es como indemnización por las lesiones recibidas al equilibrio espiritual y emocional que antes existía, de ninguna manera para "enjuagar las lágrimas" o "hacer más llevadera la pérdida".

Al respecto, el autor adopta una posición intermedia, salomónica, pues considera que ambas opiniones se complementan al expresar que

* En tal sentido, *cfr.* nuestro Código Civil, artículos 1916 y 1916 bis.

el daño moral tiene un carácter de “sanción con consecuencia resarcitoria”.

Parécenos interesante el tema y adecuado su tratamiento. Advertimos sólo que las locuciones empleadas, por ejemplo, lesión espiritual y herida de sentimiento, devienen muy representativas, pero desafortunadamente no muy explícitas, requieren, pues, interpretación adecuada.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO CONSTITUCIONAL

DEMEULENAERE, Bernadette, “Les comités de médiation en Chine Populaire”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 1, enero-marzo de 1987, pp. 157-162.

La autora —abogada de la Barra de Gante— se propone exponer lo que aprendió durante un viaje reciente a China, sobre los comités de mediación chinos y sobre la filosofía que los ha inspirado. Estos comités han sido presentados en el mundo occidental como una solución posible a los problemas de acceso y de rezago de los tribunales occidentales.

1. *Generalidades*. La base legal de los comités de mediación se encuentra en las “Reglas generales sobre la organización de los comités de mediación popular” de 1954; por su parte, la última Constitución, la de 4 de diciembre de 1982, consagra la existencia y las funciones de los referidos comités: “En los comités de vecinos o de aldeanos, se instituyen comités de mediación popular, de seguridad pública, de salud pública, etcétera, los cuales se encargan de los asuntos públicos y de bienestar de la comunidad del área correspondiente, *median en los litigios entre residentes* y prestan su ayuda al mantenimiento del orden público...” (artículo 111, inciso 2).

A fines de 1983, China contaba más de 927 000 comités de mediación, con 5 557 000 mediadores; en Pekín había más de 11 600 comités con 76 000 mediadores.

La base de organización de los comités es la colonia, la fábrica o la ciudad. Los mediadores se reclutan entre la misma población interesada.

2. *La misión de los comités de mediación*. La misión principal de los comités consiste en resolver pequeños conflictos por vía de mediación.