

## DERECHO CIVIL

LEHR, Ursula y WILBERS, Joachim, "Les femmes dans les familles a plusieurs générations", *Gérontologie et Société*, París, núm. 48, marzo-abril de 1989, pp. 68-75.

México es un país joven, ciertamente muy joven. Afirmación que podemos sostener sin necesidad de recurrir a esas estadísticas confiables que tanto hacen falta en el país. Basta circular por las calles de cualquier ciudad o pueblo de la república para constatar esta realidad. Sin embargo, el proceso de envejecimiento de nuestra sociedad ha empezado. La mayor longevidad de hombres y mujeres aunada a las campañas de control de la natalidad traerán como resultado una mayor edad promedio en poco tiempo y no está lejos el día en que tengamos que preocuparnos como nación, seriamente, del gran número de personas que hayamos alcanzado la tercera edad.

A los juristas nos toca buscar alternativas, desde ahora, para que en ese futuro previsible, la sociedad se encuentre preparada para brindar los apoyos necesarios a todos esos viejos. Para mejor cumplir esa tarea, y dado que no somos adivinos, necesitamos recurrir a otras disciplinas y a la experiencia de otros países que ya enfrentan esta problemática. Esta es la razón de buscar información en otras áreas del conocimiento humano y darla a conocer a través de su reseña.

Ursula Lehr y Joachim Wilbers son especialistas en antropología y demografía, personas mundialmente reconocidas por sus aportaciones en estas disciplinas y en su aplicación especial a la gerontología.

En este artículo, a fin de perfilar las funciones de la mujer en familias de varias generaciones, inician explicando los cambios demográficos sufridos en Alemania Federal; cambios que inciden necesariamente en las estructuras sociales y familiares.

Señalan algo que todos sabemos: en la actualidad las expectativas de vida son mayores que hace cincuenta años. Alemania —dicen— es una comunidad encanecida, pero ha encanecido en forma desigual, tanto en los diferentes grupos de edad como entre los sexos. Por ejemplo, entre 1950 y 1982 el grupo de viejos de 70-75 años tuvo un incremento del 91%, el de 75-80 del 142% y el de 95 de más del 1590%. La relación de "masculinidad" —es decir, aquella existente entre ambos sexos— era en 1986 en la tercera edad, de 100/179 y se espera que para 1990 sea de 100/206. Sin embargo, en personas de más de 90 años la relación era, en 1986, de 100/307. Esto hace que entre los varones de 60 años,

80% estén todavía casados, mientras que entre las mujeres el porcentaje sea de sólo 67%. A los 75 años existe un porcentaje de 30.3% de viudos contra 71.1% de viudas; 4.3% de solteros contra 10.1% de solteras y 1.6% de divorciados contra 2.6% de divorciadas.

Un dato importante, entre otros, en materia del ejercicio del derecho alimentario, es que, de estos viejos y viejas solos o solas se cuenta de 25 a 30% sin hijos sobrevivientes. Dato que debe ser tomado en cuenta por los responsables de las políticas sociales y, en particular, las políticas relativas a las familias, pues ellas serán más efectivas si se toman en consideración estos datos estructurales, así como otros que se señalan en el artículo, como el que estima que la mayoría de las mujeres pasa la mitad de su vida en familias constituidas por dos o más generaciones y la otra mitad de una familia sin hijos —normalmente al cuidado del cónyuge enfermo— o ellas solas.

En el aspecto antropológico, se expresa en este artículo que el modelo estático de funciones en la familia, se traduce en una atribución de tareas específicas, especialmente en lo que concierne a la madre cuya disponibilidad para los hijos debe ser constante; ella debe asumir el papel de ama de casa y de crear un ambiente afectivo. Modelo que en esencia es similar al nuestro. Asimismo, encontramos una semejanza con aquello que sucede al interior de las familias mexicanas en los diferentes estratos sociales, por la siguiente afirmación de Lehr y Wilbers:

Existe una glorificación del rol de la madre; las interacciones de los roles familiares entre los hijos, padres, abuelos y bisabuelos, son, con las mujeres. Los roles atribuidos al padre, abuelo e hijos varones están menos delimitados: el padre da su nombre de familia a sus descendientes, asegura sus necesidades económicas y debe consagrarse a su trabajo sin ser molestado por los problemas familiares.

Estas afirmaciones van dirigidas a señalar la necesidad de cambiar estas estructuras inyectándoles un dinamismo que permita integrar a los miembros de la familia que vayan envejeciendo, pues coinciden con otros autores de la materia y con psicólogos en el sentido de que a relaciones familiares armoniosas corresponde un bienestar psico-biológico y físico en la vejez. Sin embargo, precisan que para la mujer madura, "el hecho de estar centradas exclusivamente en la familia constituye un riesgo para su bienestar físico y psíquico en la vejez".

Esto nos hace evidente que la mujer, en el estadio estructural de nuestras sociedades, requiere de un apoyo especial para desempeñar la función que se le ha impuesto, sin detrimento de su desarrollo y bie-

nestar personales. Los estudios que reportan Lehr y Wilbers, descubren que en los grupos de mujeres de entre 40 y 50 años existe una "acumulación de crisis", pues conforme la mujer va envejeciendo asume diferentes funciones: el de madre, suegra o abuela, por una línea, y, por la otra, el de hija o nuera de los familiares de más edad que demandan su ayuda.

Esta "acumulación de crisis" se da, con mayor frecuencia entre las mujeres, por conflictos intergeneracionales a diferencia de los hombres, quienes "denuncian" más conflictos de tipo profesional o histórico-políticos que familiares.

Lehr y Wilbers afirman que los estudios estadísticos permiten concluir que las tareas encomendadas a las mujeres de edad media al interior del grupo familiar, las "exponen" más que a los hombres a conflictos y tensiones. Esto añadido a un fenómeno psicológico descubierto en entrevistas en el sentido de que las mujeres nos culpamos o atribuimos a nosotras mismas, con mayor frecuencia que los hombres, el fracaso de nuestros hijos y de ello nos sentimos responsables.

Estos fenómenos descubren la necesidad de tener una apreciación diferenciada de relaciones familiares entre generaciones, pues no siempre la vida en común de varias generaciones es lo más adecuado en la búsqueda de relaciones armoniosas. Señalan que la "intimidad a distancia" es la fórmula que define el mejor estilo de vida para la mayoría de las personas de edad avanzada, sobre todo tomando en consideración que es una afirmación tanto de los hoy viejos como de las mujeres entrevistadas que están cuidando en este momento a un viejo. Ellas indican que "no aceptarían jamás este tipo de ayuda de sus propios hijos".

Concluyen que cuando una mujer forma parte de una familia integrada por varias generaciones, su vida no es fácil, pues todos sus integrantes esperan de ella ayuda y sostén afectivo. Esto, aunado a su necesidad de trabajar fuera del hogar, le complica "la búsqueda de una forma personal de vivir y de envejecer".

Datos como estos, extraídos de otras disciplinas, deben ser tomados en consideración por los juristas en la medida que pretendemos hacer del derecho un instrumento de cambio social equilibrado, ya sea para evaluar nuestro sistema normativo vigente como para introducir reformas en él con miras a cubrir las necesidades que se señalan en estudios como el presente. Reitero que en el área de protección y apoyo a personas de tercera edad, la influencia del jurista se ha sentido bastante

poco, salvo tratándose del tema de pensiones, por lo que tenemos que iniciar ya nuestra actividad.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

RUIZ QUIROZ, Humberto, "Los contratos a favor de tercero (Segunda parte)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 8, núm. 8, 1984, t. II, pp. 885-909.

El autor dedica este artículo (segunda parte de su estudio global sobre "Los contratos a favor de tercero"), a determinar el concepto y elementos esenciales de este tipo de contratos a la luz de la legislación y doctrina mexicanas. Abarca los siguientes aspectos: Primeros códigos mexicanos; Códigos civiles del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 y de 1884; Novedad en el Código Civil del Distrito Federal de 1928 y en la legislación libanesa de 1932; La doctrina mexicana ante el Código Civil de 1928; Puntos de contacto entre las dos corrientes de la doctrina mexicana; Origen de la tesis que considera la estipulación a favor de tercero una declaración unilateral de la voluntad; Falsedad de la tesis de los seguidores de Siegel; Concepto de estipulación a favor de tercero; Sus elementos esenciales; Efectos naturales y elementos accidentales de la estipulación a favor de tercero; Estipulación a favor de tercero, y Contrato a favor de tercero.

Ruiz Quiroz inicia su ensayo analizando los primeros códigos mexicanos; destaca el de la legislación oaxaqueña de los años 1827 y 1828, que además de ser el primero en la república mexicana e Iberoamérica, ya contemplaba el tipo de contratación en estudio.

Asimismo, elabora un estudio comparativo entre los textos de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y de los Códigos de Napoleón y el Proyecto de García Goyena, que sirvieron de modelos a nuestros primeros ordenamientos civiles; concluye que durante la vigencia de esos dos Códigos en el Distrito Federal y en las entidades que los imitaron, no existió la prohibición de estipular a favor de tercero.

Hace la precisión que el analizar los códigos abrogados no tiene sólo importancia histórica y especulativa, ya que los preceptos que transcribe y comenta de esos ordenamientos son idénticos a preceptos aún vigentes en algunas entidades, como es el caso del estado de Puebla.

En lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal de 1928, éste trajo como novedad la regulación de la estipulación a favor de tercero.

Señala el autor que en el ordenamiento, siguiendo doctrinas originadas en Alemania, sostenidas posteriormente en Francia y defendidas actualmente por gran parte de la doctrina civilista mexicana, se clasificó a este tipo de especulación como una declaración unilateral de voluntad al incluir las normas relativas a esa figura en el capítulo segundo, título primero, del libro cuarto, bajo el epígrafe "De la declaración unilateral de la voluntad".

Sin embargo y con posterioridad, surgieron opiniones disidentes, por lo que se enfrentaron dos posturas antinómicas:

— La que asegura que el derecho del tercero en la estipulación realizada en su favor deriva de la declaración unilateral de voluntad del promitente, y

— La que sostiene que su fuente es el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente.

Ruiz Quiroz analiza ambas corrientes. Encuentra puntos coincidencia entre éstas, ya que ambas opiniones parten de la misma necesidad de carácter jurídico y práctico, consistente en evitar que el derecho que nace para el tercero entre en algún momento al patrimonio del estipulante, pudiendo provocar con ello, en caso de quiebra de este último, graves consecuencias, ya que sus acreedores podrían anular el derecho del tercero, o bien éste podría verse obligado a recibirlo en moneda de quiebra.

Además, agrega el autor, ambas posturas son una reacción contra el principio consistente en que una persona no puede adquirir un derecho en virtud de la voluntad de otra persona, si no interviene la voluntad del adquiriente, principio que ha sido superado desde que la doctrina y diversas legislaciones admiten la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones.

Por lo que el autor asevera que, en el estado actual del derecho positivo de una gran mayoría de países, así como de su jurisprudencia y doctrina, nada obsta para que alguna persona se convierta en sujeto activo de un derecho de crédito, sin intervención de su voluntad por la sola manifestación de otra voluntad ajena (declaración unilateral) o de dos voluntades distintas opuestas o coincidentes en un mismo objeto y también ajenas a quien va a convertirse en acreedor (contrato a favor de tercero).

El origen de la tesis que considera a la estipulación a favor de tercero una declaración unilateral de voluntad, se encuentra, afirma el autor, en lo expuesto en 1874 por el tratadista austriaco H. Siegel que, en opinión de Pacchioni, afirma que "la promesa unilateral es por sí sola y como tal, la fuente de la obligación, en homenaje al principio ético que vincularía a todo promitente consigo mismo, e independientemente de cualquier aceptación por parte del promisario". Tesis que, afirma el autor, actualmente nadie acepta. En esta parte, el autor analiza y objeta con interesantes consideraciones, la tesis de los seguidores de Siegel.

Posteriormente hace referencia a la tesis contractualista, la cual sostiene que el derecho del tercero nace del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, y no de un acuerdo de voluntades entre promitente y tercero.

Analiza enseguida el autor, la postura del maestro Rojina Villegas, quien en su opinión, no obstante que es un defensor de la tesis de nuestro Código de 1928, combate la postura de quienes consideran que el derecho del tercero nace de un contrato celebrado entre promitente y el tercero, pero que en toda su exposición no hace referencia alguna a la verdadera tesis contractualista que se sostiene en la actualidad y que enuncia el autor, escuetamente, diciendo: que el derecho del tercero, en la estipulación realizada a su favor, nace directa e inmediatamente del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante sin necesidad de aceptación por parte del tercero, sin profundizar en la opinión de los partidarios del origen contractual del derecho del tercero en la estipulación para otro.

El autor considera que los sostenedores de la tesis de la declaración unilateral de voluntad pretenden que además del acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente existe una declaración unilateral de este último. Tesis que es contraria a la realidad y a lo preceptuado por el Código Civil.

Nuestro autor coincide con Rafael de Pina y considera que negar su naturaleza contractual, equivale a cerrar los ojos a la evidencia.

En otro de los puntos de su trabajo hace el autor referencia a la regulación que de la figura en estudio se hace en algunos Códigos vigentes, como lo son: el Código del Estado de Tlaxcala de 1976, de Morelos de 1946, de Sonora de 1949 y de Quintana Roo de 1980.

Considera el autor que tanto en nuestro Código Civil como en la moderna legislación alemana, de la estipulación a favor de tercero no se desprende ninguna acción a favor de éste que le faculte para exigir

lo pactado a su favor y hace en este punto referencia a la clasificación que de este tipo de estipulación hace Enneccerus Lehmann.

Del concepto de estipulación a favor de tercero de Pacchioni, el autor desprende los elementos esenciales de este acto jurídico.

— Un acuerdo de voluntades que origine un derecho a favor de tercero, y

— Un objeto, consistente en un dar, un hacer, o un no hacer.

Cualquier otro elemento o efecto del contrato a favor de tercero, puede suprimirse sin que varíe su esencia, por lo que continúa siendo una estipulación a favor de tercero, pues esta figura puede tener los más diversos contenidos. Se trata, en las opiniones de Dassen y de Gallaix, de una forma que puede cubrir las operaciones más diversas. La estipulación a favor de tercero participa, por tanto, de la naturaleza del contrato que la contenga.

Además de los elementos esenciales de los contratos, existen los llamados elementos naturales, que son aquellos a los que se hace referencia en el artículo 1839 del Código Civil, en el que se dispone que

los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Así, respecto a la estipulación a favor de tercero, en el Código Civil se establecen sus efectos naturales en los artículos 1869 y 1872.

En otro punto de su trabajo, el autor analiza el tipo de acciones que se derivan de nuestra ley para exigir el cumplimiento de la prestación creada a favor del tercero, así como la posibilidad de revocación de la misma y del pacto de irrevocabilidad. Hace también referencia a la posibilidad de que los contratantes, como en cualquier otro acto jurídico patrimonial, le impongan a la estipulación modalidades, o sea, que pueden adicionar a sus elementos esenciales, otros elementos cuyo asentamiento o no en un contrato, no afecta su validez o existencia, por lo que se denominan elementos accidentales, ya que cuando uno de ellos se incluye en el contrato ejerce su influencia en la vida de éste.

Hace notar el autor que en el desarrollo de su trabajo, al igual que en la doctrina y jurisprudencia actuales, no distingue entre el contrato a favor de tercero y estipulación a favor de tercero no sólo porque ésta siempre tiene el carácter contractual, sino porque, semánticamente, estipulación es sinónimo de contrato y estipular es contratar. Hace no-

tar, además, que el término estipulación se usa también para designar a una de las partes del contrato; así, se dice con propiedad que el contrato contiene diversas estipulaciones.

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO

RUIZ QUIROZ, Humberto, "Los contratos a favor de tercero (Tercera parte)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 9, núm. 9, 1985, pp. 327-360.

La investigación que en torno a los contratos a favor de tercero realizó Humberto Ruiz Quiroz, la dividió en tres partes. En el primero de sus artículos, el autor presenta un panorama histórico legislativo de la figura en estudio tanto en Europa como en Iberoamérica. En la segunda parte de su ensayo analiza el articulado del Código Civil de 1928 en lo relativo a esta figura; así como algunas de las importantes consecuencias que tienen esos preceptos en las relaciones entre las partes que intervienen en el perfeccionamiento de ese acto jurídico, así como en relación con el tercero beneficiario del mismo. En esta última parte, que ahora se reseña, lleva a cabo el estudio de dos contratos típicos a favor de tercero: la fianza y el seguro de responsabilidad, para lo cual divide su artículo en doce puntos: Posibilidad de celebrar un contrato de fianza civil a favor de tercero; Objeciones a la posibilidad de otorgar fianza civil a favor de tercero; La fianza de empresas a favor de tercero; Tesis del Comité de Instituciones de Fianzas; Tesis de Cervantes Altamirano; Solución de Ruiz Rueda; Supuesta variante de la tesis de Ruiz Rueda; Ejemplos de estipulación para otros; Tesis de Concha Malo; La reforma en la fianza de empresas; Interpretación de los artículos 12 y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; La obligación abstracta; Contrato-solicitud; Excepciones oponibles al beneficiario de la fianza, y Conclusiones.

El autor realiza un análisis crítico de algunas tesis, opiniones y monografías sustentadas por el Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, por Efrén Cervantes Altamirano, Hilda Martínez González, Ramón Concha Malo y Luis Ruiz Rueda. De todas ellas, presta especial atención a la exposición de Ramón Concha Malo.

Para iniciar precisa que habrá contrato a favor de tercero cuando mediante un acuerdo de voluntades se produzca un derecho a favor de

una persona extraña a ese acuerdo, y define a la fianza como el acto jurídico por el que una persona se constituye en garante personal de la deuda ajena. Esta última definición le sirve de punto de partida para investigar si este acto jurídico puede celebrarse a favor de tercero; afirma que se trata de un acto en que se realiza plenamente la esencia del contrato a favor de tercero, pues dos personas (fiador y fiado) convienen en crear una garantía personal a favor del acreedor de este último, quien fue extraño al acuerdo de voluntades que produjo la obligación del fiador; coincide, entonces, con la opinión que tiene Ruiz Rueda sobre el particular e invoca a Enneccerus Lehmann.

En la parte titulada "Objeciones a la posibilidad de otorgar fianza civil a favor de tercero" analiza los diversos argumentos expuestos por Ramón Concha Malo en una tesis; al final del extenso análisis de ésta, el autor de nuestro artículo termina por reprobarla, pues afirma que hablar de fianza civil es hablar de estipulaciones a favor de tercero.

Enseguida hace referencia a la fianza de empresa a favor de tercero. Nos dice que se trata del contrato de fianza onerosa celebrado con una institución al efecto por el Estado, a fin de que ésta garantice la deuda de su cocontratante a favor de un tercero extraño al contrato. Nos sugiere que es necesario examinar no sólo la posibilidad de celebrar una fianza de empresa a favor de tercero, sino que con base en nuestro derecho positivo, también determinar cuál es la naturaleza jurídica del acto celebrado por el fiado y la institución afianzadora, que tiene por consecuencia que ésta asuma la obligación de pagar la deuda ajena. Aduce que el punto toral de este tema, que ha preocupado a diversos autores, es el relativo a las excepciones oponibles a tercero beneficiario de una fianza; al respecto hace interesantes consideraciones.

Posteriormente se refiere a la tesis del Comité de Instituciones de Fianza de la Asociación de Banqueros de México presentada a la Primera Convención de Seguros y Fianzas, en la que se sostiene, básicamente, que la operación de las afianzadoras se desdobra en dos actos: el primero es contractual —por lo cual se obliga a la empresa a expedir una póliza mediante el pago de una prima— y unilateral; el segundo consiste en la expedición de la póliza misma a favor del beneficiario. Y cita las conclusiones a las que llegó el Comité de Instituciones de Fianza sobre este aspecto.

Ahora bien, para llegar a la conclusión de las excepciones derivadas, nos indica, el Comité tuvo que forzar la realidad creando el desdoblamiento de la operación de fianzas, que repugna con el carácter oneroso de la misma sin poder explicar por qué un contrato que ya se agotó

con el cumplimiento —consistente en la expedición de la póliza—, puede seguir originando el pago de primas anuales.

La tesis acerca de este tema emanada del Comité —expuesta durante la vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942— es insostenible. El autor coincide en esto con Ruiz Rueda.

En otro punto hace referencia a la tesis de Cervantes Altamirano, quien sostiene que el acto celebrado por el fiado o deudor principal con la afianzadora a fin de que ésta garantice ante un tercero la deuda de aquél, es una estipulación a favor de tercero, afirmando que la obligación del fiador nace de una declaración unilateral de voluntad contenida en el contrato que celebra con el fiado. Centra su interés en la preocupación por la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato y expone las argumentaciones que sobre el tema hace Cervantes Altamirano.

Por otra parte, cita a Ruiz Rueda, quien en su obra *La fianza de empresa a favor de tercero* tuvo la misma preocupación que los estudiosos de este tema, por lo que, en su contraproyecto de Ley de Contrato de Fianza de Empresa con que terminó su libro, propone algunos artículos aplicables a la solución de este problema; Ruiz Quiroz, para ilustrar este punto, los transcribe.

Concha Malo, por otro lado, menciona como una nueva propuesta de Ruiz Rueda lo que según él es una variante de la que este autor expuso en su primera obra sobre fianza. Nuestro autor transcribe el parecer de Concha Malo y las ideas con las que no coincide.

En otro punto hace referencia a los ejemplos de estipulación para otros. Cita como estipulación de este carácter, en materia de seguros, la póliza que contiene cláusulas en favor de tercero, sea que se trate de un seguro de vida en provecho de tercero o de un seguro por cuenta de quien corresponda, etcétera.

Nos dice el autor de este artículo que Bonecase designa diversos contratos a favor de tercero, con el mismo nombre que les corresponde cuando sólo surten efectos entre las partes contratantes. De igual manera, los tratadistas de seguros reconocen que el seguro de vida es un contrato típico a favor de tercero y no por eso deja de ser seguro y se dejan de aplicar todas las normas de este tipo de contrato, pues no se trata de una simple cuestión terminológica sino de una cuestión de fondo.

Concha Malo, nos dice el autor, pretende basarse en un párrafo de Sánchez Medal para concluir que son cosas distintas la estipulación a favor de tercero y la creación contractual de derechos a favor de ter-

cero, posición calificada por Ruiz Quiroz como incorrecta. Para demostrarlo hace referencia a lo apuntado por Sánchez Medal al tratar las excepciones a los efectos relativos de los contratos, así como al referirse a los contratos de renta vitalicia y transporte, de lo cual se desprende que para Sánchez Medal la estipulación a favor de tercero reglamentada por los artículos del 1868 al 1872 del Código Civil, es una figura genérica que puede darse en diversos contratos, respecto de los cuales algunas veces la misma ley prevé expresamente la hipótesis de que se celebren a favor de tercero. Por lo tanto, llamar estipulación a favor de tercero a un contrato de fianza, de renta vitalicia, de seguro de transporte o cualquier otro que cree derechos a favor de tercero, es lo correcto jurídicamente de acuerdo con la ley y la unanimidad de la doctrina, ya que no pierde su nombre específico, pues siguen siendo contratos de renta vitalicia, de seguro de transporte, etcétera. Con esta idea continúa la crítica a la opinión de Concha Malo respecto al tema.

En otro de los puntos de su trabajo, el autor hace referencia de nuevo a la tesis de Concha Malo. Nos dice que después de exponer y criticar las tesis que han tratado el tema de la naturaleza jurídica del acto que da origen a la obligación fiadora, Concha Malo se adhiere a la tesis del Comité de Instituciones de Fianzas, pero que pretende basarla en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, acerca de lo cual el autor del artículo hace su respectiva crítica.

Más adelante el autor analiza la forma que de la fianza de empresa exige el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, mismo que preceptúa que las afianzadoras sólo se obligan mediante pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, para fundamentar la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas. Dicha formalidad es exigida por el legislador para efectos de un control estricto del pasivo de las afianzadoras; pero esta exigencia no impide que el contratante o tercero beneficiario pudieran ejercitar la acción pro forma, en el caso de que la afianzadora expresara su consentimiento por escrito, expidiendo el recibo de la prima y posteriormente se negara a expedir la póliza, aunque, aclara, es raro que se presente esto en la práctica. A este respecto, expone cómo se realiza en la práctica la expedición de las fianzas propuestas por el fiado.

El autor critica la opinión de Concha Malo en cuanto al carácter abstracto de la obligación contenida en la póliza de fianzas. Nos dice que si se considera la tesis sustentada por el Comité de Instituciones de Fianzas, la tesis de Concha Malo resulta inútil, pues ésta constituye un añadido a la tesis del desdoblamiento de la operación fiadora; sin

embargo, el problema, nos dice el autor, debe ser resuelto si se sustenta la tesis de que la fianza contratada por el fiado es una estipulación a favor de tercero, pues si bien el tercero beneficiario es ajeno a la estipulación al tener su derecho origen en ésta, sería aplicable la regla general establecida por el artículo 1872 del Código Civil, que otorga al promitente el derecho a oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato que contiene la estipulación.

A continuación hace notar lo inadecuado de la expresión contrato-solicitud usada por Concha Malo en su tesis, pues cualquiera que sea la postura que se adopte en relación con la fuente de la obligación fiadora, las palabras solicitud y contrato no pueden ligarse para formar una sola expresión, ya que el término solicitud indica un acto jurídico o no de carácter unilateral, mientras que el contrato es un acuerdo de voluntades; además, la mal llamada solicitud —al ser aceptada— deja de ser tal, para formar parte de la esencia del contrato. No es, por tanto, idónea, conforme a la semántica castellana y a la terminología propia de la ciencia jurídica, la expresión contrato-solicitud para designar al acuerdo de voluntades entre afianzadora y contratante, ya se le considere un acto a favor de tercero, un contrato por el que se asume una obligación de hacer, o cualquier otro acto. El autor recomienda como preferible el nombre empleado por el Comité de Instituciones de Fianzas de 1946: contrato de expedición de póliza.

La exposición que Concha Malo hace de su interpretación de los artículos 12 y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos dice el autor de este artículo, pretende deducir del texto de estos preceptos, que éstos consagran la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas porque el primero de ellos habla de la fianza y los contratos que en relación con ella otorgan o celebran las instituciones de fianzas; por lo tanto, esa expresión se refiere al mal llamado contrato-solicitud.

En suma, afirma el autor, la tesis de Concha Malo, idéntica a la del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, no tiene apoyo en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, y, por otra parte, como ya se demostró, una de las premisas de que parte: la imposibilidad lógica y jurídica de que el fiador y fiado celebren una estipulación a favor de tercero es falsa; pero, sobre todo, esto no logra explicar cómo la fianza de empresa que necesariamente debe ser onerosa puede tener este carácter, si la fuente de la obligación fiadora es una declaración unilateral de voluntad, ya que, en todo caso, el acto oneroso sería sólo el llamado contrato-solicitud y no la fianza; ni tampoco explica por qué se siguen causando primas anuales cuando la obligación

fiadora sigue vigente más de un año, pues esto revela una interrelación entre la obligación fiadora y la del contratante de la fianza, de donde se concluye que la supuesta declaración de voluntad de la institución no puede desligarse del contrato y, por lo tanto, las obligaciones que nacen de ese acto jurídico son la de pagar las primas y la de garantizar el pago de la deuda ajena, con lo que estamos, por consiguiente, en presencia de un contrato a favor de tercero.

En lo relativo a las excepciones oponibles al beneficiario de la fianza, expresa su opinión de cuál es la solución que debe darse —de indudable interés práctico y no sólo de carácter especulativo, según nuestro autor—, consistente ésta en la posibilidad de que la institución de fianzas oponga las excepciones derivadas del acto jurídico celebrado por ella con el fiado. Resume en este punto las tesis ya expuestas para afirmar que la solución anunciada puede encontrarse dentro de los lineamientos de la figura del contrato a favor de tercero sin necesidad de una reforma a la legislación actual, y expone sus comentarios sobre el particular.

Finalmente, el autor concluye que mucho se ha escrito sobre el problema que representa determinar la fuente de la obligación fiadora en la fianza onerosa de empresa; pero independientemente del carácter académico que pueda tener el tema, es de indudable utilidad práctica.

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO

SHAKI, A. H., "Les principaux aspects de droit israelien relatifs a la garde des enfants et notamment l'application de la théorie de l'intérêt bien compris de l'enfant", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 2, abril-junio de 1984, pp. 333-372.

En el derecho israelí se otorgan al juez amplias facultades en la selección de la persona que debe hacerse cargo de la guarda del hijo en los casos de separación de los padres por divorcio o cualquiera otra causa.

Puede el juez, a petición de los padres, autorizar el ejercicio de la patria potestad conjunta cuando lo considere conveniente para el mejor resguardo de los intereses del hijo.

En forma perentoria la ley obliga al juez a considerar los intereses del hijo al adoptar su decisión. En el examen que debe hacer para determinar a cuál de los progenitores concederá la guarda, debe tomar

en cuenta el "interés exclusivo del hijo". La justicia se confunde para el hijo con el resguardo de sus intereses. Se dice al respecto que las leyes sobre guardas no se han hecho para el bienestar de los padres sino de los hijos y que la tutela del hijo en Israel es más un deber que un derecho.

En el derecho israelí la expresión "guarda" se considera en su sentido más amplio. Se refiere al bienestar físico y moral, a la determinación del lugar donde residirá el hijo, a la vigilancia y cuidado que se ejercerá sobre él, a su instrucción, sustento y a la determinación del derecho de visita que corresponderá al padre no elegido.

El encargado de la guarda está obligado a procurar su "presencia cotidiana" con el hijo, salvo que por razones fundadas el hijo en casos excepcionales deba abandonar el hogar. Debe mantener con él relaciones afectuosas prestándole la ayuda moral y material que necesite, de acuerdo con la capacidad económica que tenga.

El deber de guarda es personalísimo y la ley lo impone a los padres como exigencia ineludible. Por esta razón, no puede cederse ni ser objeto de convenios, salvo que el tribunal los ratifique.

El principio del "interés del hijo" tiene dos objetivos principales en la legislación israelita: sirve de medida para aquilatar si los padres cumplen con su deber para con el hijo y de criterio al tribunal, cuando debe resolver sobre la guarda o la adopción.

Define el autor el "interés del hijo" como el mejor medio para verificar, en cada caso, si se otorgan al hijo los cuidados necesarios, si se le proporcionan los elementos indispensables para la satisfacción de sus necesidades psíquicas y materiales de acuerdo con su edad, tales como: subsistencia adecuada, educación, cultura, vida social y afecto.

El encargado de la guarda debe inculcar al hijo sentimientos de fraternidad, amor, calor humano, seguridad y confianza, haciéndole sentir "que se le ama y se acepta con agrado su presencia".

El juez tiene la obligación de examinar si estas exigencias actuales serán en el futuro comprendidas y satisfechas.

Sólo por excepción los jueces se apartaron del principio del "interés del hijo", en el caso de "los hijos de los judíos que fueron entregados a familias cristianas para liberarlos del holocausto nazi. Se resolvió que era preferible que estos menores vivieran con sus padres".

Opina el autor que no puede entregarse la guarda al esposo que ha intervenido en la perversión de los hijos; en los casos en que pueda imputársele conducta inmoral, como adulterio, actos de crueldad mental, abandono injustificado, sevicia y en general cuando esa conducta

provoque directa o indirectamente una ruptura entre los padres que haga peligrar el equilibrio mental y afectivo del hijo. Debe impedirse que uno de los padres inculque enojos en contra del otro porque perjudica al hijo. Dice el autor que ha sido resuelto por los tribunales que se asimila al rapto y tiene igual gravedad, cuando el encargado de la tutela impide el derecho de visita al otro progenitor.

Han resuelto los tribunales que al examinar el posible "interés del hijo", es necesario considerar: la igualdad de derechos de ambos progenitores a la guarda parental; la edad del menor; la integridad de la familia y el mantenimiento de la identidad religiosa.

La igualdad a la guarda parental se manifiesta en la obligación alimenticia que permite subvenir a las necesidades materiales del hijo y en el deber de actuar de común acuerdo durante la separación, para lo cual siempre es conveniente programar un sistema de visitas para el padre no elegido. En todo caso, no es conveniente que uno de los progenitores se descargue de obligaciones para encomendarlas al otro.

Es importante considerar la edad del hijo. En la legislación comentada, a la madre le corresponde el cuidado de los menores de seis años, salvo que por razones especiales ésta no pueda hacerlo.

En cuanto a la integridad de la familia el autor considera que ésta se encuentra formada por los progenitores, los hijos y los abuelos. Forman ellos una unidad completa si la existencia transcurre normalmente sin interrupción y constituye la mejor garantía para el hijo. El ideal es que el hijo viva con sus padres. Si se produce la separación o muere uno de ellos debe darse al otro y no a terceros el cuidado del hijo. El contacto permanente del hijo con sus padres es indispensable para la formación de su personalidad.

El parentesco es admisible en la guarda, dándole preferencia antes que a extraños. No deben separarse a los hermanos con el fin de mantener la integridad de la familia.

La identidad religiosa carece de importancia. La ley no consigna ninguna prohibición al respecto. No es, por lo tanto, impedimento alguno para que una persona de distinta religión se haga cargo de la guarda de un menor.

Considera el autor que es indispensable oír la voz del menor. No puede resolverse sobre su futuro sin hacer que se escuche su voz.