

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil.	698
------------------------	-----

sostiene que son tres los elementos que se encuentran en el derecho agrario —el autor se refiere a ellos como institutos—, que brindan un mejor funcionamiento y permiten regular jurídicamente la vida de la producción agraria, y que además están diferenciados unos con otros y son fundamentales al derecho agrario, éstos son: la empresa, los contratos y la propiedad.

El autor imprime un estricto orden de importancia a los institutos: en un primer plano, coloca a la empresa agraria por considerarla la unidad de explotación agrícola, sin importar su grado de desarrollo; posteriormente, ubica a los contratos agrarios, que tienden a ser instrumentos jurídicos para que la empresa agraria funcione, y en último lugar, considera con relativa mínima significación a la propiedad, a la que considera como algo excesivamente estático y ligado a concepciones de política económica.

En otra parte del trabajo el ensayista apunta que el orden jurídico es una unidad, a pesar de la pluralidad de sus elementos; por tanto, entre los tres institutos centrales del derecho agrario, existe una correlación entre sí, aunque no siempre de la misma forma.

Para el autor, la finalidad del derecho agrario es la explotación rural, la cual se logra a través de un punto de vista dinámico y funcional; dentro de estos criterios lo que más importa es la empresa agraria, porque es la que impulsa este desenvolvimiento.

Un aspecto de importancia trascendental para el autor es la conservación de recursos naturales. Por tanto, el elemento más importante para él es la empresa agraria, que debe ser la responsable directa en la conservación de los recursos naturales renovables y en promover la adecuada explotación de los mismos.

En conclusión, el profesor Gelsi Bidart nos presenta un trabajo interesante en donde todo gira alrededor de la empresa agraria, siendo para él el punto medular del derecho agrario.

Pedro HERNÁNDEZ GAONA

DERECHO CIVIL

BONET CORREA, José, "Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Comercio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio", *Anuario de Derecho Civil*,

Madrid, tomo XXXVI, fascículo IV, octubre-diciembre de 1983; pp. 1181-1189.

En el artículo que reseñamos encontramos las inquietudes del jurista español frente a los problemas que plantea una institución nueva para su sistema jurídico: el divorcio.

La inquietud del autor gira en torno al convenio que deben realizar los cónyuges separados o divorciados a fin de concretar a futuro sus relaciones económicas y visa los hijos de ambos.

Inicia tratando de ubicar su naturaleza jurídica pues, afirma, se trata de una relación híbrida a la que debe aplicársele el concepto de negocio jurídico de derecho familiar utilizado por Díez-Picazo. En él existe un margen potestativo para el desarrollo de la voluntad de las partes. Sin embargo, institucionalmente es limitativo, pues se busca preservar el "interés familiar", la igualdad de derechos entre los cónyuges y las buenas costumbres.

Las limitaciones que señala el autor contenidas en la Ley del 7 de julio de 1981 son similares a las establecidas por nuestro derecho para el convenio de divorcio, es decir: la determinación de la custodia de los menores, el acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad (educación, visitas, etcétera), la atribución del uso de la vivienda, la forma de atender las necesidades de los menores, la liquidación del régimen económico del matrimonio y la pensión que un cónyuge dará al otro, en su caso.

Es interesante detenerse a pensar en las observaciones que el autor hace. Se trata de una realidad que se ha perdido de vista en los países en que el divorcio es una institución añeja. Afirma categóricamente que a través de este convenio lo único que logran los cónyuges es cambiar un régimen por otro, pues una vez constituida una familia el distanciamiento o "ruptura" que busca la pareja como solución a sus conflictos sólo lo será parcialmente. Esto es totalmente cierto: los ex cónyuges continúan con sus problemas, por lo menos mientras exista entre ellos una relación económica como la pensión alimenticia.

Obviamente, el factor conflictivo más frecuente es el relativo a la actualización del monto de la obligación. En España, según lo que nos explica José Bonet Correa, el legislador previó que en el convenio se establezcan las formas de actualización de las cantidades debidas; por lo tanto, deja en libertad a los divorciantes para determinar cómo se hará este proceso dejando al juzgador la responsabilidad de evaluar su eficacia y justicia.

Como vemos, la solución que el legislador español dio al problema

es totalmente diferente a la establecida por el mexicano. Las consideraciones giran en torno a los mismos puntos, es decir: la fijación de una pensión depende de circunstancias tanto intrínsecas a la persona del deudor y del acreedor alimentario, como extrínsecas referidas a factores de carácter social, político y económico; como tanto unas como otras pueden variar, es preciso contar con mecanismos que ajusten la pensión a las nuevas circunstancias. En España se deja a voluntad de las partes su determinación, en México se prevé una actualización automática en relación al salario mínimo de la zona de conformidad con las reformas recientes.

Ahora bien, el autor hace referencia a la elaboración de un convenio regulador, pues distingue la actualización de la obligación propiciada por alteraciones monetarias que son meramente cuantitativas y se resuelven fácilmente (?) mediante una mera operación matemática y aquellas alteraciones substanciales que son básicamente cualitativas y referidas a la modificación de las relaciones personales y patrimoniales de los implicados; concluye que frente a éstas no queda otro recurso que la elaboración del convenio regulador a que hacíamos referencia, lo cual implica un nuevo conflicto.

Independientemente de que tanto en México como en España el divorcio o la separación de los cónyuges en vez de terminar con los problemas entre ambos los cambia de estructura, la posibilidad expresada textualmente en la ley de realizar convenios "reguladores", no prevista en nuestro país, es una solución interesante para algunos conflictos, sobre todo por la económica procesal que ello implica.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

HERVADA, Javier, "Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer", *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 11, 1984, pp. 345-359.

Remonta el autor a Pablo de Tarso el origen del ideal filosófico de igualdad entre el varón y la mujer, ideal que chocó contra las convicciones arraigadas en su época. De su aserto "no hay varón ni mujer" nació, para Javier Hervada, la doctrina sobre la igualdad, de la que tanto se ha escrito posteriormente. Por ello no se ha planteado el problema de la igualdad en ámbitos culturales distintos a nuestra civilización.

El ideal de esa igualdad está entroncado con el valor justicia. Retoma el autor la vieja definición del *Digesto*, por el cual es justicia "dar a cada uno su derecho, a cada uno lo suyo". Pero —afirma— hay que tener en cuenta la distinción aristotélica entre lo "justo natural" y lo "justo positivo", orden, este último, al que pertenece el problema de la igualdad entre ambos sexos, dado que el derecho positivo podría eventualmente desconocerlo.

Así se ciñe el autor a un terreno jurídico, pero al de lo "justo natural", con lo cual se afilia a una corriente jusnaturalista, de planteamientos actuales. Considera que su enfoque apunta hacia el campo de los llamados derechos fundamentales de la persona humana (*inherent rights*), según la definición propia de los documentos internacionales.

Pasa el ensayista a analizar el significado preciso de dos conceptos fundamentales: igualdad y discriminación; el hecho de discriminar, en su sentido etimológico de distinguir una cosa de otra, no encierra ningún juicio de valor. Pero en los hechos, esta palabra contiene una carga semántica que implica un juicio de valor. Entonces habrá una discriminación justa y una injusta, según obedezca o no a razones de justicia. Será justa cuando responda a diferencias reales (por ejemplo, de saber o entender) como el caso de la que opera a favor de quien obtiene un título habilitante para el ejercicio de una profesión en cuestión.

Será injusta aquella diferencia de trato dada a individuos por cualquier motivo que no sea la diversidad real que afecte al fundamento y a la razón del derecho, por ejemplo: a igual trabajo, distinto salario. Para el autor, entonces, hay que precaverse contra el sentido peyorativo que el uso ha dado a la palabra "discriminación". La confusión de términos podría conducir a la confusión de ideas, y la justicia exige saber distinguir.

La igualdad es, destaca Hervada, el nombre de una relación, no de una naturaleza o una cualidad. La igualdad, por su parte, se puede apreciar en tanto que conformación completa o en tanto que proporción. Y en la justicia y el derecho hallamos ambos tipos de igualdad: se otorgan derechos iguales (los mismos derechos), o derechos comparables en naturaleza, cantidad, cualidad o valor. ¿Cuál es la relación de comparación entre el hombre y la mujer? Para el autor, se trata de la igualdad jurídica: no han de ser contemplados en sus diferencias biológicas o psicológicas o temperamentales, sino en su condición jurídica.

Distingue luego el autor entre la "igualdad *de* derechos" y la "igualdad *en* derecho". Se pregunta si hombre y mujer son "personas", en

sentido jurídico, con la misma igualdad e intensidad. Recuerda que desde Roma hasta la actualidad se ha pretendido distinguir entre persona en sentido filosófico y en sentido jurídico (*homo* y *persona*), distinción a la que cuestiona el autor, en un acertado análisis: postula que “es preciso soldar la fisura entre el concepto jurídico y el concepto filosófico de persona. El concepto de persona no es más que la versión jurídica del concepto ontológico de persona”. De ahí concluye afirmando la absoluta igualdad *en* derecho del varón y la mujer.

Por igualdad *de* derechos entiende la igualdad en el número de derechos de los cuales se es titular. Afirma la potencial igualdad de derechos entre hombre y mujer, en todo aquello no diferenciado específicamente por el sexo. La diferencia de sexos no afecta, para el autor, la esencia del hombre, puesto que no pasa de ser accidente, en un sentido aristotélico. Luego de un pormenorizado análisis —acá necesariamente esquematizado—, extrae una serie de conclusiones, que convergen en la afirmación de una igualdad entre los sexos y para el derecho, salvo en lo que esté “modalizado” por el sexo (por ejemplo, la maternidad). Varón y mujer son jurídicamente iguales para Hervada, quien expresa el deseo de que esta conclusión sea una plena realidad en la vida social.

Consideramos absolutamente compatibles sus razonamientos y sus conclusiones, independientemente del placer que representa la lectura de ideas profundas dichas de manera límpida e inteligible.

Carmen GARCÍA MENDIETA

HERVADA, Javier, “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 11, Universidad de Navarra, 1984, pp. 13-53.

El presente artículo enfrenta un tema que se desborda en una zona límite entre el derecho y la moral. Pero, asimismo, interesa en la medida que —aunque el autor no lo destaque expresamente— pone en juego la vieja discusión sobre la prevaencia de los derechos del individuo y los derechos de la sociedad, ante ciertas situaciones de hecho. Esto es especialmente agudo en el ámbito de la medicina; resurgen preguntas cuya contestación corresponde *in limine* a una instancia que rebasa el plano jurídico: ¿existe el absoluto derecho a la disposición del propio cuerpo? Si no es así, ¿hasta dónde disponemos de él?, ¿dónde comienza el derecho de la sociedad a defenderse en su salud?, ¿disponemos

del derecho a la salud de aquellos que dependen de nosotros, de nuestros hijos, de los incapaces?, ¿puede el Estado invadir coactivamente esas zonas de decisión aparentemente sagradas?

Tomando como pretexto dos casos realmente existentes, relevados por la jurisprudencia, plantea el autor la dicotomía entre derecho a la vida y libertad de conciencia. Sabido es que los adeptos a la iglesia denominada "Testigos de Jehová" se niegan a recibir transfusiones de sangre. En un caso concreto, en que debía administrarse ese tratamiento a una madre y a su hija, para salvar sus vidas, aquélla y su esposo se negaron. La madre murió, dado que —sometido el caso a los tribunales— el juez ordenó respetar su decisión. En cambio se ordenó coactivamente proceder a la transfusión en la persona de la hija, quien se salvó a causa de ello.

Analiza el autor si en el caso de la madre existiría un suicidio por omisión. Llega a la conclusión negativa, puesto que un error de índole moral (error según el autor, diríamos, puesto que no hay que perder de vista el aspecto de la subjetividad necesaria de quien analice el hecho) descarta la existencia de la *intentio sese occidendi*, o sea la intención de perder la vida. Si al sujeto le es, de hecho, posible librarse de la muerte, pero a costa de infringir lo que cree un deber moral, no hay suicidio, para el autor: existe simplemente una aceptación de la muerte, por un sujeto a quien le resulta moralmente imposible huir de ella. Asimila el caso al prisionero de guerra, que opta por morir fusilado, si el otro extremo de la alternativa es el de traicionar a su patria, revelando secretos.

Todo esto se relaciona jurídicamente con la libertad religiosa, con la libertad de conciencia y, más aún, con la libertad de ideología o de pensamiento, proclamadas por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (primera reivindicación histórica de esos derechos en la época moderna, según el autor). Analiza, desde un punto de vista histórico-cronológico, la fluctuación terminológica y conceptual que la definición de tales derechos ha tenido.

Acto seguido, estudia las diferencias y los rasgos comunes de las llamadas libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, cuyo fundamento común sería el dominio de la persona sobre su actividad racional y la incompetencia del Estado para invadir ese ámbito: "Incompetencia radical", al decir del autor, por la cual no cabe la intrusión directa de la sociedad, "ni siquiera en el caso de una clara y conocida opción por la falsedad, la mentira y el mal moral". Pero, cuando esa libertad se exterioriza en acciones, entramos al problema de los límites de la misma: los derechos de los demás, la moral pública,

el orden público. Con relación a la libertad de conciencia, dice el autor que es la que se ha descrito con menos fortuna, ya que se la ha confundido con la libertad religiosa o con la libertad de pensamiento. Afinando conceptos, trata seguidamente de determinar su sentido específico, sus alcances y sus límites. Culmina con el análisis del error sobre una terapéutica, la objeción de conciencia y su incidencia en el plano jurídico. Concluye el ensayista señalando que si un ordenamiento jurídico extiende la libertad de conciencia a ciertos credos o doctrinas que sostienen errores acerca de una terapéutica dada, debe necesariamente amparar las conductas congruentes con esa moral.

En conclusión, se trata de un artículo profundo, coherente en su planteo filosófico y jurídico, que nos arroja mucha luz sobre conceptos tan difíciles de deslindar como son las libertades de pensamiento, de ideología, de religión y de conciencia. Temas, sin embargo, ligados a la concepción del Estado que se pueda sostener, y a la eterna dicotomía individuo-sociedad.

Carmen GARCÍA MENDIETA

PRESA DE LA CUESTA, Alfonso, "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núm. 564, 1984, pp. 1221-1232.

Alfonso Presa de la Cuesta, registrador de la Propiedad, analiza en este interesante artículo las disposiciones legales relativas a la inscripción en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales.

Se consideró de interés el artículo por lo novedoso del sistema que comenta, que protege a los terceros, que contratan con persona casada y a los mismos cónyuges que pueden ver afectados sus derechos sobre los bienes comunes por actos celebrados por uno de los cónyuges, sin conocimiento del otro.

El artículo parte de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modificó el artículo 1333 del Código Civil español, mismo que actualmente dispone:

En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones y demás hechos que

modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad a las capitulaciones matrimoniales tiene un doble fundamento:

a) El documento capitular va a ser el que determine el régimen económico matrimonial al que van a quedar sometidos los bienes de los esposos y al que habrá que estarse para calificar la validez o invalidez de los posteriores actos de disposición o de administración, y

b) A través del registro se confiere a las capitulaciones una publicidad que les permite producir efectos frente a terceros (*erga omnes*).

El asiento en el Registro no debe limitarse a una mera referencia a la existencia de capítulos ni a la transcripción de los mismos. El registrador debe calificar el contenido de la inscripción y excluir del Registro todo aquello que no puede o no deba tener asiento en el mismo y rechazar los pactos afectados de nulidad.

Por lo que respecta al aspecto de las nulidades, aprovecha el autor para reflexionar sobre algunas cuestiones relativas a la invalidez de las estipulaciones o capitulaciones:

El artículo 1327 del Código Civil español sanciona con nulidad a las capitulaciones matrimoniales cuando éstas no consten en escritura pública, de manera que el documento privado en el cual se hubieren consignado será nulo y no podrá registrarse. Son nulas las capitulaciones contrarias a las buenas costumbres, así como las limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

Respecto a la igualdad de los cónyuges, Presa de la Cuesta se plantea el problema de la eficacia de aquella estipulación por la que se confiere, bajo el régimen ganancial, a uno de los cónyuges la facultad de realizar por sí solo actos dispositivos sobre los bienes comunes. El autor precisa dos posibles alcances del planteamiento: si la estipulación excluye de la posibilidad de disponer a uno de los cónyuges, es indudable su nulidad; si, por el contrario, con el pacto se pretende agilizar la actividad económica familiar y la facultad para disponer o para administrar se confiere a uno por el otro a modo de mandato, será totalmente válido e inscribible. Sostener lo contrario llevaría a los cónyuges al otorgamiento de un poder por separado.

Sin poner en duda el planteamiento de Presa de la Cuesta, se considera que en la práctica será difícil distinguir la intención de los cónyuges, para determinar si se trata de una disposición conjunta o si por

el contrario se trata de un acto por el cual uno de los cónyuges, sometido a la fuerte influencia del otro, accede a perder la posibilidad de intervenir en los actos que se celebren respecto de los bienes comunes.

Siguiendo con el tema de las nulidades, el articulista expresa que las reglas generales sobre nulidades de los contratos son de aplicación en la especie. Cuando se trate de pactos modificativos de anteriores capitulaciones, será preciso que al otorgamiento de los mismos, concurren a aquellas personas que comparecieron al otorgamiento de las primeras, en cuanto la modificación afecte derechos por ellas concedidos.

Para determinar la validez de las capitulaciones habrá de estarse a la fecha de celebración del matrimonio, pues si ha transcurrido un año y dos meses desde la fecha de otorgamiento de las capitulaciones y el matrimonio no se celebró, las capitulaciones serán nulas y se cancelará la solicitud de inscripción de las mismas.

Una vez que el registrador haya calificado el documento, decidirá si se inscribe, si se anota preventivamente, si se rechaza o si se cancela la anotación preventiva en los casos en que proceda. La anotación preventiva se encuentra sujeta a una condición suspensiva: la celebración del matrimonio; pero la anotación también puede cancelarse por otros motivos, por ejemplo, la muerte de uno de los otorgantes.

Por otro lado, no sólo es cancelable la anotación sino también la inscripción misma de los capítulos en cuanto éstos son revocables y modificables, lo que dará lugar a una cancelación total o parcial, pudiendo el asiento contener asimismo la inscripción de un nuevo régimen matrimonial. Sin embargo, la cancelación de las capitulaciones sólo podrá realizarse si se presentan las escrituras públicas de revocación de las capitulaciones anteriores, dejándolas sin efecto.

En conclusión, se trata de un artículo muy ilustrativo en cuanto a ciertos problemas frecuentes que se presentan en la práctica registral.

Ingrid BENA

SILVA-RUIZ, Pedro F., "Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho portorriqueño", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo LXVII, septiembre de 1983, pp. 820-835.

El doctor Pedro F. Silva Ruiz, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, presentó este estudio en el Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia convocado por

la Universidad Católica de Salta, Argentina, en marzo de 1983. El autor, de una manera muy clara y sintética, analiza el régimen patrimonial del matrimonio en Puerto Rico, mostrando sus principales instituciones: las capitulaciones matrimoniales; la sociedad de gananciales; las donaciones por razón de matrimonio y las donaciones entre cónyuges; la dote y las relaciones patrimoniales en el concubinato.

Se destaca el aspecto contractual del régimen patrimonial del matrimonio, configuración que ha sido criticada por cierta doctrina que atribuye un carácter preferentemente institucional a dicho régimen. Las relaciones económicas del matrimonio pueden existir sin necesidad de contrato y las obligaciones que pueden contener son consecuencia de un orden general de derecho que ha sido establecido para el régimen matrimonial.

En cuanto a la forma, las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones a las mismas habrán de constar en escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio; después de celebrado el mismo, las capitulaciones no podrán ser modificadas.

En Puerto Rico existe, como régimen económico supletorio, la sociedad de gananciales, denominado por la doctrina comunidad de adquisiciones a título oneroso. Esta comunidad se integra con las adquisiciones de los cónyuges durante el matrimonio; en cambio, permanece en la propiedad de cada uno los bienes obtenidos con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito.

Para dar una visión completa del sistema legal de Puerto Rico, Pedro Silva Ruiz, expone, además de los textos legales, algunas decisiones del Tribunal Supremo de ese país. La Corte reconoce la personalidad jurídica de la sociedad conyugal tomando en cuenta la existencia de un interés común, la conciencia del mismo y la organización de la colectividad. Resulta una entidad *sui generis* con una personalidad jurídica, atenuada, distinta de las sociedades ordinarias; sin embargo, el autor del trabajo no precisa qué debe entenderse.

Los bienes gananciales se constituyen por los obtenidos de la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges; los frutos, rentas o intereses devengados de bienes comunes, las ganancias obtenidas por la suerte —por ejemplo el juego—, y los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto que la plusvalía de un bien, por el mero transcurso del tiempo o por otras causas distintas al esfuerzo de uno de los cónyuges, beneficia únicamente al propietario respectivo. Se deduce de estas interpretaciones judiciales que se considera parte de los ganan-

ciales los bienes obtenidos por el esfuerzo de los cónyuges; sin embargo, las ganancias obtenidas en el juego forman parte del caudal común.

Son cargas de la sociedad de gananciales aquellas obligaciones de la familia que, por su origen, carácter y fines, no deben ser imputadas como responsabilidad exclusiva de un cónyuge. La jurisprudencia ha resuelto que los alimentos de los menores se deban satisfacer con los bienes de la sociedad de gananciales y, en los casos de divorcio, al liquidarse la sociedad, ha de reconocerse al marido un crédito por la parte proporcional que en dichos alimentos corresponda pagar a la madre de los alimentistas. La administración de la sociedad conyugal es compartida por ambos cónyuges; cualquier acto de administración unilateral de un cónyuge, obliga a la sociedad de gananciales. La solución portorriqueña presenta ventajas para los terceros, quienes al contratar con cualquier cónyuge tendrán la certeza de hacerlo con un administrador de la sociedad. Para donar, enajenar u obligar a título oneroso bienes muebles e inmuebles de la sociedad de gananciales, se requiere del consentimiento escrito de los cónyuges.

La sociedad de gananciales no sólo concluye al disolverse el matrimonio, sino también cuando la vida común de los cónyuges cesa. Una vez suspendida la comunidad de vida entre los consortes, los bienes adquiridos por un cónyuge dejan de ser el resultado de un esfuerzo común.

Sólo se permiten las donaciones anteriores al matrimonio; después de celebrado éste, los cónyuges no podrán otorgarse donaciones. El fundamento de la prohibición es la excesiva influencia que durante el matrimonio pueda alcanzar un cónyuge sobre el otro. La única excepción la constituyen los regalos módicos que los esposos se hagan en ocasiones de "regocijos familiares".

Las disposiciones legales referentes a la dote fueron derogadas en 1976. En la exposición de motivos se expresó que, en vista de que la mujer portorriqueña ha alcanzado, gracias a su esfuerzo, la igualdad jurídica y de que la arcaica institución de la dote presupone que la mujer —para obtener un marido— tiene que aportar bienes económicos al matrimonio, resulta anticuado y contrario a la dignidad y capacidad de la mujer continuar con esa institución.

La unión de un hombre y una mujer, ambos solteros, que han vivido como marido y mujer por un tiempo relativamente largo, sin que haya mediado entre ellos ceremonia o solemnidad matrimonial alguna, constituye concubinato. Por supuesto, del concubinato no surge la sociedad legal de gananciales; pero la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los efectos patrimoniales de esa relación, con miras a evitar un

enriquecimiento ilegítimo: los concubinos tienen derecho a participar en las ganancias obtenidas de acuerdo a la proporción en que sus fondos personales hayan contribuido a formar el caudal acumulado conjuntamente.

Al final del artículo el autor recomienda se reformen las normas pertinentes, de modo que permitan la modificación a las capitulaciones matrimoniales después de contraída la unión. También propone se legisle sobre los efectos patrimoniales del concubinato, a fin de distinguirlo del queridato y de aclarar sus consecuencias económicas.

Ingrid BRENA

VENTURATOS LORIO, Kathryn, "Alternative means of reproduction: virgin territory for legislation", *Louisiana Law Review*, E.U.A., vol. 44, núm. 6, julio de 1984, pp. 1641-1676.

Este artículo comienza con datos estadísticos y se basa fundamentalmente en ellos, a lo largo de todos sus planteamientos; esto, sumado a la abundante información sobre jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de otros países, lo vuelve particularmente útil, además de resultar acertado en sus propuestas y análisis. Señala la autora cómo, en una sociedad superpoblada, donde se discute sobre el derecho al aborto, ha sido relativamente ignorado el derecho de aquellos que no pueden procrear y desean hacerlo. Los nuevos métodos puestos a su alcance por la ciencia se presentan como el milagro esperado, la panacea a los males de la infertilidad. Pero, los problemas legales a resolver, no atañen solamente a los implicados, sino a toda la sociedad, ya que en ella nacerán y se desarrollarán los niños producidos por las modernas técnicas conceptivas.

Examina la autora el más antiguo y conocido método de reproducción alternativa: la inseminación artificial. En la medida en que la inseminación sea homóloga, es decir, que genéticamente el niño sea hijo de la pareja que utilizó el método, no se plantean especiales problemas jurídicos. Sin embargo, no dejaron de presentarse litigios en la esfera jurisdiccional. Relata la autora un caso en que se cuestionó la consumación del matrimonio.

Destaca que la inseminación heteróloga (con donante extraño a la pareja) acarrea múltiples problemas al jurista. Ejemplifica su aserto con numerosos casos tomados de la jurisprudencia estadounidense, cuyo pri-

mer criterio (por la década de los '50) fue el de considerar adúlteras a las esposas que habían recurrido a la inseminación heteróloga.

En su relevamiento histórico-jurisprudencial, nos aproxima la autora a las soluciones actuales, mucho más elásticas y proclives a admitir situaciones que ya han sido consagradas por los hechos. La falta de legislación adecuada, no obstante, representa un problema para los jueces. Señala cómo la legislación (la escasa que existe) varía de un estado a otro de la Unión Americana. Por ejemplo, unos estados exigen que exista consentimiento del esposo, mientras que para otros estados no es necesario. Algunos requieren incluso que tal consentimiento sea dado por escrito y quede archivado en el expediente clínico.

Plantea la articulista los problemas derivados de la filiación de los hijos procreados por este sistema, los que dicen relación con los bancos de semen y con el secreto genético (qué datos se deben o no proporcionar a la pareja estéril, receptora del semen del donante).

En otro capítulo, se ocupa la autora de la maternidad subrogada, cuya existencia es un hecho consumado en los Estados Unidos. Sin embargo, diversas corrientes de pensamiento abogan por su prohibición. Se invocan para ello obvias razones tanto de moral, como psicológicas; se añade a esto la existencia actual de otro procedimiento alternativo, la fertilización *in vitro*, por lo cual la maternidad subrogada quedaría relegada a la categoría de último recurso posible. Estudia la autora la ilegalidad de tales contratos (los de procreación por una madre de sustitución) y cómo algunas mujeres se allanan a llevarlos a la práctica por problemas de coerción económica. Todo ello ha provocado infinidad de acciones civiles y penales, sometidas a consideración de los tribunales norteamericanos.

También encara la autora las técnicas de fertilización *in vitro* y de transplantes de embrión, en sus aspectos prácticos, legales y jurisprudenciales.

En conclusión, el artículo resulta sumamente interesante, ya que nos abre una ventana sobre los problemas jurídicos que actualmente se debaten en los Estados Unidos de Norteamérica, en proporciones relevantes, con abundantes datos sobre jurisprudencia. Ello nos ayuda a sopesar la problemática que puede presentarse ante nuestros propios tribunales, a poco que se difundan las modernas técnicas de procreación.

Carmen GARCÍA MENDIETA

VILANOVA HERNÁNDEZ, Sylvia, "La pensión alimentaria post-divorcio: ¿obligación o penalidad?", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, vol. XVIII, núm. 2, 1984, pp. 349-374.

Sylvia Vilanova plantea en este trabajo algunas cuestiones relacionadas con las pensiones alimenticias post-divorcio, consideradas éstas como obligaciones derivadas de la relación matrimonial o como sanciones atribuibles al cónyuge considerado culpable de la ruptura matrimonial.

La articulista intenta una respuesta partiendo del análisis del artículo 109 del Código Civil de Puerto Rico, que dispone:

Si la mujer después de obtenido el divorcio no cuenta con suficientes medios para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discrecionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean propiedad del marido sin que la misma pueda exceder de la cuarta parte de esos ingresos. La mujer puede solicitar esos alimentos si el divorcio se decretó por la causal de separación si no cuenta con ingresos para vivir. La pensión alimenticia será revocada si llegase a hacerse innecesaria o cuando la mujer divorciada contrajese segundo matrimonio o cuando viva en público concubinato u observarse vida licenciosa.

El precepto referido puede interpretarse de distintas formas. La tendencia tradicional reconoce en la pensión alimenticia la obligación del marido a mantener a su esposa y la correlativa expectativa de la mujer casada de ser mantenida por su consorte.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha mantenido este criterio; comenta Sylvia Vilanova que, no obstante que el artículo 109 no se refiere al concepto de culpa, el Tribunal Supremo interpretó la frase "si la mujer ha obtenido el divorcio" a los efectos de que la mujer divorciada tiene derecho a recibir alimentos cuando resulta cónyuge inocente en el pleito de divorcio. La otra tendencia drásticamente plantea la desaparición de los deberes y derechos recíprocos una vez disuelto el vínculo matrimonial.

Resulta necesario aclarar la naturaleza jurídica de las pensiones alimenticias para determinar su monto. ¿Se trata de pensiones suficientes para mantener la posición social alcanzada durante el matrimonio o de cantidades necesarias para satisfacer las necesidades humanas básicas? La selección de criterios se reflejará en el monto de las pensiones, el juez debe evitar caer en el exceso de señalar cantidades que cubran gastos superfluos que obviamente sobrepasan el concepto clásico de

alimentos, entendidos éstos como los elementos que necesita una persona para vivir como tal.

La atribución de alimentos a favor de la mujer corresponde a un momento histórico ya superado, se justificó como una medida compensatoria de la desigualdad femenina. Pero el cuadro del hombre proveedor y la mujer exclusivamente ama de casa ha cambiado sustancialmente. En la actualidad, la mujer se prepara para satisfacer por sí misma sus propias necesidades; por tanto, no se justifica la obligación alimenticia entre los divorciados sólo por haber estado unidos por el matrimonio un cierto tiempo.

Sylvia Vilanova sugiere se elimine del derecho portorriqueño la noción de culpa relacionada con el cónyuge cuya conducta ha dado causa al divorcio y por la cual es sancionado al pago de alimentos. En cambio, las pensiones alimenticias deben consistir en las cantidades necesarias para cubrir la subsistencia de los divorciados.

Se considera que al trabajo presentado le faltó el estudio de las nuevas tendencias en materia de pensiones post-divorcio. La corriente imperante fundamenta las pensiones en un principio de equidad, propone que la mujer dedicada a su hogar, marido e hijos que por lo mismo no ha tenido tiempo para prepararse y obtener los medios para satisfacer sus necesidades, tenga derecho a una parte de los beneficios obtenidos en la empresa común del matrimonio. En este caso se rebasa la concepción de pensiones alimenticias proporcionadas con objeto de que el acreedor pueda cubrir sus necesidades mínimas.

No obstante la observación formulada, la autora del artículo se preocupó por reflexionar sobre la naturaleza jurídica de las pensiones post-divorcio y presentar sus particulares puntos de vista sobre este tema de gran actualidad dentro del derecho de familia.

Ingrid BENA

VILANOVA HERNÁNDEZ, Sylvia, "La pensión alimenticia post-divorcio: obligación o penalidad?", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, núm. 2, vol. XVIII, enero-abril de 1984, pp. 349-374.

Sylvia Vilanova Hernández estudia el artículo 109 del Código Civil de Puerto Rico, el cual contiene un "derecho singular de exclusividad para la mujer", como lo califica la propia autora. Asienta que a través

de él se intenta proteger a la mujer considerada como "grupo discriminado históricamente"; pero, afirma, constituye un discrimen por razón del sexo contra el hombre en violación a la Cláusula de la Igual Protección de las Leyes de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y del artículo II, Sec. 1 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Explica que esta disposición tiene su antecedente inmediato en el artículo 160 del Código Civil de Louisiana, en el que, habiéndose incorporado los principios de Código Francés de 1804, se limitó el derecho a la pensión alimenticia, que este último ordenamiento concedía a ambos cónyuges, a la mujer divorciada amén de considerar las ulteriores nupcias de ésta como causal para la revocación de la pensión.

El precepto portorriqueño ha sido reformado en varias ocasiones hasta quedar como sigue:

Si la mujer que ha obtenido el divorcio no cuenta con suficientes medios para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discretionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean de la propiedad del marido, sin que pueda exceder la pensión alimenticia de la cuarta parte de los ingresos, rentas o sueldos percibidos.

Si el divorcio se ha decretado por la causal de separación, la mujer podrá solicitar los alimentos a que se refiere el párrafo anterior, si no cuenta con medios suficientes para vivir.

La pensión alimenticia será revocada si llegase a hacerse innecesaria, o cuando la mujer divorciada contrajese segundo matrimonio, o cuando viva en público concubinato u observase vida licenciosa.

Justifica históricamente esta concepción haciendo una serie de consideraciones y correlaciones a su ordenamiento civil y explica que ellas obedecen a que el derecho de familia en su país se asienta sobre una estructura en la que existe la presunción de dependencia de la mujer respecto al hombre —una visión estereotipada, nos dice, que caracteriza a la mujer como sexo débil que debe ser protegida y proveída por el varón.

Sostiene, por un lado, que la naturaleza de la obligación impuesta por el artículo 109 citado se visualiza "como una penalidad o imposición de un gravamen económico sobre el cónyuge culpable; un deber cuasi-delictual", que se fundamenta en tres premisas básicas: la estructura económico-social del derecho de familia, el concepto de culpa existente en las causales de divorcio y la privación del cónyuge inocente (la mujer) de los derechos económicos adquiridos durante el matrimonio.

Sin embargo, explica, por otro lado, que los alimentos como obligación surgen del parentesco, pero la pensión alimenticia impuesta al ex cónyuge es sólo uno de los efectos del divorcio que se justifica por las expectativas de la mujer casada en el sostén y seguridad que tenía derecho a esperar cuando contrajo matrimonio, y se justifica, al decir del Tribunal Supremo de Puerto Rico, por el propósito de solidaridad humana que proyecta:

Más allá de los felices días, la obligación del hombre de ayudar y socorrer a su mujer; un canon de hidalguía y gratitud inserto en el Código Civil para beneficio de aquella que en un tiempo pasado de ensoñación se entregó en dulzura, en cariño y hasta en sacrificio personal al hombre que la hizo su esposa.

Así pues, se acepta el fundamento filosófico de la solidaridad humana, al mismo tiempo que se mantiene el interés del Estado por no imponerse más cargas económicas en el sostenimiento de los menesterosos.

La autora nos hace ver que en Puerto Rico, al igual que en México, existe un problema para determinar la cuantía de la pensión, por razones diferentes, ya que en México lo que se debe establecer es la proporcionalidad entre las necesidades de uno y las posibilidades de otro, y en Puerto Rico el conflicto parece centrarse en la posición social que gozaba la derechohabiente antes del divorcio. Explica que el conflicto surge por una discrepancia entre el citado artículo 109 y el 142, pues el primero hace referencia a los ingresos del deudor y el segundo a las necesidades del acreedor, que a fin de cuentas es el enunciado que plantea la proporcionalidad en nuestro país cuya solución no es sencilla.

Este artículo contiene una serie de proyectos de reforma al precepto tantas veces citado con el fin de evitar la discriminación que en razón del sexo se hace al hombre y establecer una absoluta igualdad entre ambos; en dichos proyectos se observa, también, la tendencia a evitar el concepto de culpabilidad en el divorcio y en general crear una normatividad "que responda a las modernas concepciones y necesidades de la sociedad puertorriqueña".

Las conclusiones a las que la autora arriba, giran en torno los proyectos mencionados en el párrafo anterior, es decir: El artículo 109 respondió a una necesidad histórica que ya no corresponde a la realidad; por tanto, debe ser derogado en aras de la igualdad entre el hombre y la mujer. Asimismo se debe evitar el concepto de culpabilidad en las causales de divorcio.