

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil 229

REVISTA DE REVISTAS

DERECHO CIVIL

ANAJI, Gianmaria, "La revisione del PTK ungherese al alcune innovazioni nel diritto civile socialista", *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXX, núm. 1, enero-febrero de 1984, pp. 126-140.

Se trata de un interesante comentario a las reformas que en 1977 se hicieron al Código civil húngaro de 1959, el cual es conocido en Hungría bajo la denominación de *Polgari Tövénykönyv*, y en forma abreviada, por las iniciales *PTK*.

En 1977 el *PTK* fue sometido a una profunda revisión por una comisión especial integrada por representantes de la Facultad de Derecho, de la Corte Suprema, de los abogados y del Ministerio de Justicia.

Siguiendo una costumbre tradicional en ese país, dice la comentarista, el proyecto elaborado por la comisión fue enviado a la Organización de Juristas Húngaros y al Frente Popular Patriótico, para su estudio y discusión en debates públicos.

A fines de mayo de 1977 el proyecto fue enviado a la Asamblea para su discusión y aprobación.

Las reformas propuestas fueron incorporadas al Código mediante la ley IV de 1977 y su nueva versión empezó a regir el 1º de mayo de 1978.

El Código se caracteriza por su concisión. Se ha excluido de su texto el derecho de familia que tiene codificación aparte. No contiene disposiciones de orden laboral como ocurre en Italia. Mantiene, por fin, un discreto silencio sobre varias instituciones del derecho civil occidental.

Se trató, con especial cuidado, que el Código fuera fácilmente comprensible para los profanos.

Las diversas instituciones jurídicas sólo contienen principios normativos de carácter general. Los integrantes de la Comisión no quisieron descender al detalle por considerarlo un obstáculo a la evolución social. Encomendaron al juez regularlos en los casos específicos sometidos a su conocimiento.

Explica la autora que el Código no aspira a la "ilusión de eternidad" que caracteriza a las legislaciones occidentales. No pretende el envejecimiento del Código como lo señalaba Napoleón en alguna oportunidad, cuando decía: "Mi Código es eterno." Por el contrario, en Hungría

se expresa su temporalidad con la frase: "el Código ha muerto, viva el Código."

La Comisión integrada por 23 teóricos y prácticos del derecho, designados por el Ministerio de Justicia, a quienes se encomendó la revisión del *PTK*, consideraron que debía modificarse el derecho de la personalidad y revisarse los conceptos de propiedad, relaciones contractuales, responsabilidad e ilícito.

La recodificación no ha introducido principios sustanciales en el ordenamiento de las relaciones privadas.

En su aspecto sistemático contiene, en su primera parte, disposiciones preliminares y, en las siguientes, normas sobre las personas, la propiedad, las obligaciones y las sucesiones, en este mismo orden.

Aun cuando no existen innovaciones notorias, la Comisión estructuró un código moderno, afirma la autora.

Las nuevas disciplinas del derecho de la personalidad son hoy más amplias: tutela el nombre y la facultad de adoptar seudónimos en las actividades científicas, artísticas y literarias.

Se garantizan los derechos de las personas morales.

El secreto de la correspondencia comprende ahora el secreto de la información comercial. Los nuevos bienes protegidos son: la imagen, la reproducción de la voz y el sonido, la reserva radiotelefónica y la prohibición de comunicar datos a personas no autorizadas.

La sanción por la violación de estos principios, se traduce en el derecho a la rectificación y al pago de una indemnización, valorándose el resarcimiento de acuerdo a la gravedad del comportamiento.

En materia de propiedad se legisla, en especial, sobre el contenido de la propiedad socialista y el poder planificador de los órganos de la administración central.

Respecto a las personas morales, se ha excluido de su texto a las cooperativas, que se encuentran desde 1971 regidas por una legislación especial.

Se ha introducido el sistema bipartito de "sociedad socialista del Estado" y "sociedad socialista de las cooperativas" y se ha creado una tercera figura: la propiedad de la asociación, integrada conjuntamente por la "organización económica del Estado y de las cooperativas." El *PTK*, enumera estos tres tipos de propiedad.

En lo referente a los contratos, la Comisión pudo observar, dice la autora, marcadas señales de envejecimiento e inadecuación al derecho moderno y a la economía socialista. La Comisión suprimió las disposiciones arcaicas inactuales y armonizó las reglas generales con los prin-

cipios de los distintos ordenamientos especiales existentes en el territorio del Estado.

En parte fue abandonado el concepto de la planificación rígida y han sido modificadas las disposiciones sobre el cumplimiento, alteración y rescisión de los contratos. La "salvaguardia del interés social" es hoy principio rector de validez o nulidad del contrato, afirma la autora. En la determinación de su contenido y alcance se ha dado al juez un poder muy amplio.

En lo relativo a las empresas, desaparece en el nuevo texto su anterior carácter individualista.

Los contratos, que eran tratados detalladamente en el Código anterior, contienen hoy sólo lineamientos generales.

Fueron estructuradas legalmente nuevas figuras contractuales, pero sólo en sus aspectos generales. Entre estos nuevos contratos, se pueden citar los siguientes: de ejecución, de instalación, de proyectos, de investigaciones, de turismo, crianza de ganado, venta de productos agrícolas, y otros.

En la interpretación de los contratos se autoriza al juez para reforzar la tutela del consumidor y de la pequeña unidad productiva. Estas medidas permitirán contrarrestar el mayor riesgo que entraña hoy la mengua en los controles centralizados de las empresas.

Cuando en un contrato se otorga una ventaja injustificada a una de las partes, puede el juez modificar las cláusulas del contrato a petición de los órganos estatales, de las organizaciones sociales y del afectado.

El consumidor ha visto reforzada su protección con la nueva versión de la regla "del inexacto cumplimiento de las obligaciones de garantía".

Termina la autora diciendo que la revisión ha determinado importantes modificaciones en la regulación del concepto de responsabilidad por el hecho ilícito y el sistema de sanciones aplicables a los que desarrollan actividades peligrosas que pueden ocasionar daños ecológicos.

Lisandro CRUZ PONCE

CALAIS, Bertrand, "La mort et le droit", *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 13, 28 de marzo de 1985, pp. 73-80.

El autor se propone analizar la muerte desde el ángulo racional del derecho, aunque es indudable que siente la fascinación metafísica del

tema (comienza citando a Malraux: "*la musique seule peut parler de la mort*"). Observa cómo, durante mucho tiempo, desde un punto de vista jurídico la muerte fue un privilegio, porque el esclavo no era más que un hombre, no una persona; el corolario de esto era el derecho de vida y muerte del amo sobre él. Si bien para Planiol los muertos ya no son personas, ya no son nada, para el autor el problema es más complejo: las distintas ramas del derecho (civil, penal, administrativo, comercial) adjudican a la muerte contornos inesperados. La relación entre la muerte y el derecho es —para Calais— de interacción e intercambio, puesto que la muerte no deja de plantear problemas al derecho y éste no deja de activar la noción de muerte, procurando prolongaciones a la instancia mortal. El derecho, en tanto que orquestador de relaciones sociales, no deja de interesarse en la muerte, para comprobarla o establecer sus consecuencias. El derecho extrae sus consecuencias, con relación al interés público o al privado.

Al interés público atañe organizar la sociedad, y asimismo proteger la vida de quienes la componen.

Para el autor, la muerte debe ser tomada en cuenta, tanto en su sentido figurado como en el propio. En sentido figurado, levantando el acta del deceso, en tanto que la muerte es un acontecimiento importante, del cual el Estado debe dejar constancia. Repasa el articulista las normas de derecho positivo francés referentes al registro, permisos de inhumación, disposiciones médicas aptas para refrendar el hecho de la muerte e, incluso, las de ausencia con presunción de muerte.

En sentido propio, la comprobación de la muerte por el Estado incumbe a la percepción de los derechos del mismo, en cuanto heredero potencial. La protección de la vida es, para el autor, susceptible de encararse ya sea en sentido positivo como negativo. Negativamente, el derecho penal tipifica y reprime las conductas que provocan la muerte de otro. Señala el autor cómo, a partir de la Ley de 9 de octubre de 1981, el propio Estado se interdicta a sí mismo el derecho de sentenciar a muerte. Así el crimen deja de ser tanto el derecho de matar a otro, como el de defenderse.

Desde un punto de vista positivo, incluye el autor dentro de la protección de la vida a la Ley de 22 de diciembre de 1976, sobre transplante de órganos y tejidos.

Con relación al interés privado, la muerte es, para Calais, un hecho generador de derechos así como de situaciones nuevas en favor de otros.

Los derechos pueden ser a favor de los allegados o de los contratantes. Por allegados entiende aquellos ligados al difunto por lazos sanguíneos, morales o materiales. Entra en este rubro todo el derecho sucesorio,

el de seguros, el de prestaciones sociales y laborales. Eventualmente, en caso de delito o ilícito en general, toda la teoría del daño moral a favor de los parientes afectados.

Los cocontratantes, por su parte, se ven en una coyuntura de intereses interrumpidos, sobre la que inciden las garantías que presta el derecho.

Las situaciones nuevas aparecen en el ámbito del derecho de familia y en el de las sociedades. En el primero, desde la ruptura del matrimonio hasta el desencadenamiento del derecho tutelar. En el segundo, desde la cesación de la sociedad hasta el simple nombramiento de otro miembro, según se trate de sociedades personales o de capital, en sus varias y múltiples formas.

Concluye el autor que el derecho se “nutre” considerablemente de disposiciones relacionadas con la muerte. Se crea así, cada vez más, una especie de “alma jurídica” que nos obliga a aceptar que la muerte se da derechos a ella misma y a los vivos.

El verano de 1984 ha sido, según Calais, rico en provocaciones: la ciencia dio a los muertos el derecho de sobrevivirse. Por una parte, con la llamada inseminación *post mortem*; por otra, por medio de la conservación *ante vitam novam*. Relata los aspectos jurídicos más sobresalientes de los casos ventilados ante los jueces, de Corinne Parpalaix y del doctor Martineau, relacionados con cada uno de los puntos mencionados.

Adentrándose en tópicos cada vez más filosóficos, bajo el título de “el derecho de matar” enfoca el problema del suicidio y el del aborto, apuntando ligeramente el problema de la eutanasia. Por ahora y para la ley —concluye— el aborto es el único derecho que existe de matar.

Por último, aborda el aspecto de la trascendencia de la voluntad humana: el derecho de los muertos sobre los vivos. Éste se resuelve, en primer lugar, en el derecho de imponer su voluntad, ya sea directa o indirectamente. En forma directa, por medio del testamento; claro que esta voluntad no es absoluta, sino que está delimitada por la ley, las buenas costumbres y el interés fundamental de los sobrevivientes. En forma indirecta, apuntan a la supervivencia de la memoria cierto tipo de fundaciones, o formas de afectación patrimonial, dispuestas para perpetuar el nombre del difunto.

Por último, el respeto debido a los muertos y su honor póstumo, son protegidos por la ley: las honras a ciertos ciudadanos muertos en servicio de su patria (Ley de 2 de julio de 1923), el deber de los herederos de defender la memoria del extinto (Ley de 29 de julio de 1881)

y los aspectos materiales, que atañen al ámbito de las normas penales, de la punición por la violación de sepulturas o vilipendio de cadáveres.

Desde Céline, La Fontaine y Cervantes hasta Comte, trae en su ayuda el autor a los grandes de la literatura y la sociología, cuyas frases sirven de ilustración y apoyo a este mediatado estudio que, más que agotar el tema, lo apunta, lo deja como una interrogante y una provocación para el jurista que quiera extenderse sobre tópico tan apasionante.

Carmen GARCÍA MENDIETA

COIRET, Nicole, "La liberté de mariage au risque des pressions matérielles", *Revue trimestrielle de droit civil*, París, año 84, núm. I, enero-marzo, 1985, pp. 63-89.

El título de este artículo nos llama la atención invitándonos a leerlo con una pregunta en mente ¿qué se puede decir acerca de la libertad para contraer nupcias en las postrimerías del siglo veinte? acompañada de una prejuiciada respuesta: absolutamente nada. Sin embargo, Nicole Coiret nos demuestra lo contrario en forma por demás seria y nos invita a la reflexión acerca de temas sobre los que aparentemente está todo dicho y escrito.

Parte de una premisa indiscutible: la libertad para contraer nupcias o no hacerlo y de escoger libremente a su cónyuge es un derecho esencial del hombre, inherente a su condición humana. Empero, nos dice apoyándose en Josserand más que un derecho definido y nombrado es una prerrogativa tan general que se convierte en vaga. Y lo demuestra, a pesar de todas las declaraciones nacionales e internacionales que dan aparentemente solidez a dicho derecho, aunque nada se dice de la libertad o derecho al divorcio y, desde nuestro punto de vista, ambas van estrechamente ligadas entre sí y el argumento de tutela a la institución matrimonial no es pero suficiente para retener a nadie en un vínculo que no le produce sino problemas y quebrantos.

Esta falta de libertad para divorciarse es un primer obstáculo en la libertad para contraer nupcias al que Nicole Coiret vuelve una y otra vez, aunque sólo en forma entrelazada con los dos "atentados" más grandes y significativos a los que llama: sacrificio patrimonial y sacrificio profesional.

Dentro del primer rubro señala las "afrentas" de origen, contractual,

en la que incluye a los esponsales, donaciones y legados, y aquellas de origen jurisprudencial tanto para contraer nupcias como para elegir cónyuge.

En relación a los esponsales explica que si bien es cierto que no se exige el cumplimiento forzoso de la promesa de matrimonio, obligando a quien la hizo a contraer nupcias, las sanciones y multas que se imponen por sentencia judicial pueden ser el factor determinante para su cumplimiento de tal suerte que uno de los prometidos se case contra su voluntad real, aunque aparentemente tiene la opción de no hacerlo y asumir las sanciones impuestas. Afortunadamente en nuestro país los esponsales son una institución totalmente caduca e ineficaz.

En cuanto a las donaciones y legados explica que tanto las cláusulas de celibato y viudez como la prohibición del divorcio en ellas son francos atentados contra la libertad de matrimonio y divorcio y, por lo tanto, deberían ser declaradas nulas, aunque se argumente que tanto el donatario como el legatario conservan la libertad para decidir si aceptan o no la donación o el legado con la condición impuesta. Estos argumentos, al decir de Coiret, no son más que el resultado de la postura medida y timorata de la jurisprudencia, la cual sostiene que son válidas las cláusulas de referencia, y sólo serán nulas si el motivo o intención de quien la puso es ilícito o inmoral. Entre admiraciones califica de extremadamente peligroso el terreno en que se coloca al juzgador obligándolo a “sondear el abismo de los sentimientos”. En definitiva: lo razón le asiste.

Mayor firmeza demuestra la autora frente a las cláusulas que atentan contra la libertad de elegir la persona con quien han de contraerse nupcias. A éstas las califica de prejuicios que sólo “reflejan odios ciegos raciales o confesionales”. Añade que en Francia este tipo de cláusulas sólo son válidas cuando se estipula que el matrimonio debe ser sometido a la autorización de una persona determinada perteneciente al núcleo familiar del legatario, no así cuando se le subordina a la autorización de un tercero ajeno.

Continúa haciendo un análisis de las posibles soluciones jurídicas en los casos en que se hubiere optado por considerar ilícitas las cláusulas de celibato, viudez, divorcio o no divorcio. Son dos las posibles soluciones: una, anular el legado o donación y, dos, tener por no puesta la cláusula en cuestión. La primera de ellas priva al beneficiario —legatario o donatario— de las ventajas que hubiere podido obtener y la segunda no.

Añade, que si bien es cierto que en los casos incluidos en este primer rubro existe una presión de tipo patrimonial sobre los contrayentes, es

aún peor la del segundo: el sacrificio profesional, ya que en aquella lo que se sacrifica es un ingreso o beneficio extra, en el segundo lo que está en juego es el ingreso con los que se obtienen los satisfactores indispensables para la vida.

Si bien es cierto que existe una regla general en la que se estipula que el estado civil de una persona no afecta su ubicación de trabajo, en virtud de la cual la jurisprudencia se ha pronunciado por la nulidad de la cláusula de celibato incluida en los contratos de trabajo, aunque existen algunas excepciones, entre otras la Compañía Air France. En todos estos casos la Corte determinó la nulidad de la cláusula sin que se afecte el resto del contrato. Sin embargo, por lo que leemos en el artículo que reseñamos existen casos excepcionales en los que la cláusula sí tiene validez justificada sólo por "razones imperiosas, graves y perentorias" como el caso de la trabajadora social contratada por la *Mutualité Agricole*, en cuyo contrato se especificó que dada la incompatibilidad entre las labores de asistencia y el estado de mujer casada, la trabajadora no podrá contraer nupcias en los cuatro años de duración del contrato.

Nicole Coiret ilustra su artículo con dos casos en los que se presenta una verdadera crisis personal y laboral por este tipo de cláusulas. Uno de estos casos es el de la señora Roy, maestra en una institución religiosa, quien contrajo nupcias después de un divorcio —incompatible con el derecho canónico— y fue liquidada. La señora Roy demandó a la institución alegando que atentaban contra su libertad de matrimonio, de divorcio, a la de conciencia y faltaba al respeto de la vida privada. La demanda después de recorrer varias instancias fue juzgada improcedente en virtud de que el establecimiento religioso tiene una ideología determinada que justificó plenamente el despido. La autora cuestiona agriamente esta resolución, aunque a fin de cuentas, acepta que en realidad nadie obligó a la señora Roy a contratarse en esa escuela.

Parte de los ejemplos con que nos ilustra incluyen a servidores públicos —encargados de asuntos exteriores y militares— en lo que se subordina la validez de la cláusula respectiva a las necesidades del servicio o a la naturaleza de las funciones que se ejercen.

Concluye que aunque la libertad del matrimonio ha sido calificada como un derecho de orden público, ésta no es más que relativa, si bien el concepto de orden público no debería estar sujeto a las decisiones judiciales, aunque el juzgador fuera un "artista consumado en el discernimiento".

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.

CUPIS, Adriano de, "Indirizzo della vita familiare a responsabilità patrimoniale", *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXXI, núm. 11, enero-febrero, 1985, pp. 1-8.

Adriano de Cupis, eminente jurista italiano por todos conocido, nos presenta una serie de efectos jurídicos que no han sido plenamente definidos a partir de una sola causa: la elección del domicilio conyugal. Ubica, como es natural, todas sus reflexiones a partir del derecho italiano, lo cual nos permite establecer puntos de comparación con nuestro derecho aprovechando las experiencias y reflexiones de sistemas jurídicos hermanos del nuestro.

Parte de la declaración contenida en el artículo 144 del Código Civil italiano, en donde se establece que los cónyuges acordarán entre ellos el establecimiento del domicilio familiar y cada uno de ellos tiene la facultad de actuar en el mismo. Este acuerdo produce una serie de efectos jurídicos entre los que está la responsabilidad patrimonial de uno de los cónyuges con terceros que puede obligar, incluso, al cónyuge que no intervino en el acto jurídico fuente de esa responsabilidad, sobre todo si el régimen matrimonial implica la afectación de determinados bienes para el sostenimiento del hogar conyugal.

En el derecho italiano, explica De Cupis, la afectación a que nos referimos, por sí misma, constituye una garantía para las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges en forma separada a fin de satisfacer las necesidades familiares.

El legislador italiano es muy explícito y detallista a este respecto tratándose de todos los regímenes patrimoniales del matrimonio, excepto el de separación de bienes sobre el cual pesa un absoluto silencio que ha dado lugar a interpretaciones erróneas desde el punto de vista del autor que comentamos.

Las observaciones de De Cupis tienen como raíz y sustento las reformas al derecho familiar italiano, sobre todo aquellas disposiciones que establecen la igualdad jurídica entre ambos cónyuges, y hacen hincapié en la falta total de eficacia vinculante del acuerdo sobre el establecimiento del domicilio conyugal, mismo que, por otro lado y paradójicamente, sólo tiene relevancia en la que él llama "fase de crisis matrimonial".

Autores como Santoro-Passarelli sostienen que existiendo la obligación de contribuir a los gastos del hogar conyugal, independientemente del régimen patrimonial bajo el cual hayan contraído nupcias, los cónyuges, cada uno por separado, pueden garantizar con el domicilio conyugal y los bienes que en él existan, las obligaciones que contraigan

con terceros, siempre y cuando éstas sean para satisfacer las necesidades familiares. De Cupis opina en este artículo en forma diferente, ya que la obligación de contribuir a los cargos familiares existe sólo en forma proporcional a las posibilidades de cada uno de los cónyuges, por tanto el pretexto de otorgar una garantía a terceros, con base en un acuerdo sobre el establecimiento del domicilio conyugal —acuerdo ineficaz—, es un pretexto endeble para contraponerlo con la autonomía económico-jurídica que cada cónyuge tiene sustentada en las relaciones patrimoniales que derivan del régimen de separación de bienes. Es, desde el punto de vista del autor, una aberración sostener la eficacia jurídica meramente externa de un acuerdo que en el seno de la familia no existe como acto jurídico ni puede ser coercible.

Insiste en aclarar que no hay ningún problema en señalar como domicilio para todos los efectos jurídicos el domicilio conyugal cuando el acuerdo se ha realizado en forma y existe una real armonía de intereses entre los cónyuges, pues ello implica que cada uno está conforme en asumir como parte de su contribución al sostenimiento familiar las obligaciones contraídas por el otro con terceros. Sin embargo, aclara, que tales obligaciones no se asumen solidariamente, sino exclusivamente como parte de su contribución y en forma proporcional a sus posibilidades.

Compara el sistema antiguo con el reformado y explica cómo entonces sí era posible gravar el patrimonio del marido por deudas derivadas de la actividad jurídica externa de la mujer toda vez que la economía familiar estaba a cargo del marido, quien era jefe de la familia y estaba obligado a mantener a su mujer. Actualmente, por las razones que ya expusimos, sobre las cuales vuelve una y otra vez De Cupis, esto ya no es posible pues carece de todo fundamento.

Es evidente, nos dice, que el acuerdo —respetado o no— para establecer la residencia familiar y, por tanto, el domicilio de la misma, conlleva una responsabilidad patrimonial íntimamente ligada a la obligación que tienen los cónyuges de contribuir a las cargas del hogar familiar y de mantener, alimentar y educar a los hijos. Pero ello no implica que se haga caso omiso de los regímenes patrimoniales que rigen la economía del matrimonio.

Es interesante la lectura de este artículo pues ayuda a esclarecer y definir problemas añejos en nuestro derecho, tales como la extensión de la responsabilidad que gravita sobre los bienes de la sociedad conyugal y la medida en que cada cónyuge debe responder con los bienes propios. Analizar la responsabilidad patrimonial desde la vertiente del domicilio conyugal y del supuesto de la separación de bienes, ayuda a

esclarecer los cuestionamientos que se plantean en nuestro derecho en caso de quiebra de uno de los cónyuges, por ejemplo, y sobre todo por la viciosa costumbre de no realizar capitulaciones matrimoniales. Ya que tocamos el tema, aprovechamos para apuntar una vez más la necesidad de reformar todo el título relativo a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal, haciéndolo más eficaz y acorde a las costumbres, ya añejas, y necesidades de las parejas que deciden contraer nupcias. Asimismo, debemos capitalizar la experiencia ajena para puntualizar, ahora que se ha definido con claridad el concepto de domicilio conyugal, cuáles son los efectos jurídicos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, del mismo.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.

FURKEL, François, "Les dispositions de la Loi allemande du 14 juin 1976 relatives au nom: modele pour une reforme du droit français", *Revue internationale de droit comparé*, París, núm. 2, año 37, abril, junio, 1985, pp. 353-377.

En el último decenio se han hecho modificaciones substanciales al derecho familiar en la República Federal de Alemania.

La ley de 14 de junio de 1976 modificó el artículo 1355 del Código Civil (BGB) incorporando a la legislación novedosas disposiciones sobre el nombre conyugal. La innovación permite hoy a los contrayentes elegir un apellido común para la familia que se forma en ese instante.

La reforma ha dado la siguiente redacción al artículo 1355:

Los esposos adoptarán un nombre común para la familia (nombre conyugal). Como nombre conyugal pueden escoger, mediante una declaración ante el oficial del Estado Civil, al contraer matrimonio, el apellido de nacimiento del marido o de la mujer. A falta de declaración, el nombre conyugal de los esposos, será el del marido.

En concordancia con el artículo anterior, dispone el 1616 que el hijo legítimo llevará el apellido conyugal de los padres, que será considerado como nombre de la familia.

Considera el autor que esta reforma realiza el ideal de igualdad entre los cónyuges que consagra el artículo 3 de la Constitución Política de Alemania, que proclama la igualdad política y jurídica del hombre y la mujer.

La adopción de un nombre de familia único, libremente elegido entre los apellidos del marido y la mujer, transmisible a los hijos, es una clara demostración de esta igualdad.

El sistema tradicional adoptado por la costumbre, no parecía equitativo ni compatible con el principio de igualdad, sólo permitía perpetuar el apellido familiar del padre y no el de la madre "en circunstancias que es ella quien engendra al hijo".

Este hecho singularizaba la preponderancia del marido, siendo el derecho familiar tradicional sólo un bastión de desigualdades entre los sexos. Es de esperar, dice el autor, que el relativo al nombre de la mujer casada sea el último en derribar.

El derecho familiar de hoy ya no considera al marido como el jefe absoluto y exclusivo del hogar. El avance de la legislación ha permitido, hasta hoy, el divorcio vincular; ha hecho desaparecer la potestad marital que ejercía el varón sobre la mujer: la patria potestad sobre los hijos corresponde en conjunto a ambos cónyuges. Hace tiempo que la mujer es un nuevo miembro de una comunidad distinta dentro del matrimonio; hoy se le permite, incluso, que su apellido se trasmita a sus hijos "y se perpetúe en ellos su nombre y el de la familia de donde procede".

Durante la discusión de la ley se rechazó el uso del nombre compuesto de los apellidos de ambos cónyuges, en cambio se aceptó el nombre compuesto de cualquiera de ellos.

Algunos juristas opinaban que ambos esposos podían conservar sus apellidos de soltero, pero por razones de unidad familiar se prefirió el nuevo sistema que facilitaría esta unidad.

La ley obliga al oficial del Estado Civil a informar a los contrayentes sobre esta facultad que les otorga el legislador. Se quiso evitar que por ignorancia, no adoptaran éstos una decisión al respecto.

La elección del nombre conyugal no es requisito previo para la celebración del matrimonio, ni constituye una causal de nulidad del mismo cuando no existe elección. Si ello ocurre, se considerará como nombre de familia el apellido del marido.

En la legislación familiar alemana cada uno de los cónyuges tiene un verdadero derecho personal sobre el nombre conyugal y le da a ambos esposos atribuciones idénticas. El nombre subsistirá aun cuando se produzca la ruptura de la comunidad de vida.

Antes de la reforma, tradicionalmente la viuda y la divorciada usaban el nombre del marido o podían optar por su nombre de solteras.

Cuando el divorcio se debía a culpa de la esposa el marido podía oponerse a que usara su apellido.

Hoy existe una regulación uniforme, para la viuda y la divorciada, ambas conservan el nombre conyugal, pero pueden, si lo desean, adoptar su apellido de soltera o alguna de las combinaciones de nombres, que señala el autor, por medio de una declaración ante el oficial del Estado Civil. No se requiere de autorización alguna, ni existe plazo para optar.

La mujer no adquiere un simple derecho al uso del apellido del marido como en muchas legislaciones, porque tanto el cónyuge divorciado como el viudo, adquieren un derecho definitivo sobre el nombre conyugal.

La transmisión del nombre conyugal al hijo del matrimonio es una consecuencia lógica del nuevo sistema legal. En virtud de lo establecido en el artículo 1616 del Código Civil, el hijo legítimo adquiere el nombre conyugal de sus padres, o sea, el nombre de familia. La mujer puede transmitir a su hijo su apellido, si ha sido éste el elegido.

Los detractores de la ley dicen que menos del uno por ciento de las parejas, eligen el nombre de la mujer. En lo que va corrido de su vigencia se nota, dice el autor, un aumento en la elección del apellido de la mujer.

La nueva ley rompe con la "imposición brutal de una tradición patriarcal"; autoriza a los cónyuges a eliminar los apellidos ridículos, los difíciles de pronunciar y los muy corrientes y permite a los esposos y a sus descendientes, una mejor integración a la sociedad.

En Francia, comenta el autor, no existe el sistema creado por los alemanes. La mujer al contraer matrimonio adopta por costumbre el apellido del marido y el hijo que nace de esa unión lleva el de su padre. La atribución del apellido del marido a la mujer "traduce la supremacía del marido y violenta los principios de igualdad entre los cónyuges".

Según el autor, confirman lo anterior los artículos 264 y 300 del Código Napoleón. Dispone el primero que, decretado el divorcio, cada uno de los esposos recupera el uso de su nombre. Pero si se ha otorgado por ruptura de la vida en común, cuando es el marido el que inicia la demanda tiene la mujer el derecho de conservar el apellido del esposo. Subsiste también el deber de socorro (artículo 281).

En los demás casos de divorcio, la mujer puede conservar el uso del apellido del marido si éste consiente en ello. En caso contrario, el juez puede autorizar su uso, si la mujer justifica que existen razones para conservarlo.

El artículo 300 ubicado en la "separación de cuerpos" permite a la mujer separada usar el apellido de su marido.

Hace el autor diversas consideraciones sobre la adopción en Francia

del sistema alemán y termina enumerando sus ventajas, en la siguiente forma:

1. Legisla sobre el nombre que es uno de los atributos de la personalidad; 2. permite la unidad del nombre de la familia; 3. impide que se produzca el hecho frecuente, que existen hermanos con apellidos diferentes; 4. permite transmitir a los hijos el nombre conyugal; 5. suprime el privilegio tradicional del marido sobre el nombre conyugal; 6. preserva la cohesión de la familia; 7. el abandono del injusto privilegio del marido sobre la mujer en lo relativo al nombre familiar, exalta el respeto a la personalidad de cada uno de los cónyuges.

Termina diciendo el autor que "hoy día se impone la adopción de un sistema semejante en Francia, para hacer desaparecer los últimos vestigios de una sociedad patriarcal caduca".

Lisando CRUZ PONCE

GARCÍA MENDIETA, Carmen, "Fertilización extracorpórea: aspectos legales", *Ciencia y Desarrollo*, México, núm. 65, año XI, noviembre-diciembre 1985, pp. 31-40.

La doctora García Mendieta nos ofrece en este artículo uno de los análisis que son su costumbre: minucioso, documentado con amplitud y sólidamente fundamentado. En esta ocasión el análisis versa sobre uno de los problemas que los avances científicos han sembrado en el mundo jurídico. Problemas que, en algunos casos, no tendrán más solución que la ofrecida por la hermenéutica jurídica hasta que el legislador decida dar un impulso decidido a nuestros ordenamientos hacia un derecho dinámico, hacia un derecho que responda a los requerimientos nuestros aquí y ahora y no a esquemas actualmente en desuso. Debemos aclarar que estas reflexiones son de quien suscribe esta reseña y no de nuestra autora; pero son reflexiones motivadas de la lectura de este artículo.

Empieza apuntando que los avances en los métodos de fertilización y aquellos anticonceptivos han subvertido las verdades absolutas —incontrastables, como las llama García Mendieta— sobre las que se ha sostenido hasta ahora el orden jurídico: hasta hace unas cuantas décadas acto sexual y procreación eran, casi siempre, causa y efecto respectivamente. Ahora no: puede haber acto sexual sin procreación y procreación sin acto sexual, de tal suerte el fundamento de hecho de la filiación, que no

es otra cosa que un mero vínculo biológico, ahora que no es tan diáfano ni absoluto.

Esta revolución y su falta de reglamentación ha llevado, en varios países, a que los juzgadores apliquen los viejos y desgastados moldes a hechos nuevos; aplicación que, como es natural, deja siempre mucho que desear.

En esta tesitura, la doctora García Mendieta apunta con precisión varios aspectos derivados de este punto tan controvertido que es la inseminación artificial.

El primero de ellos se refiere a las relaciones entre los cónyuges. Parte de la procreación tradicionalmente aceptada como uno de los fines del matrimonio y cuestiona si, frente a este fin, son válidos los dos supuestos extremos: el derecho de no procrear y el derecho de procrear haciendo uso de cualquier tipo de técnica que la ciencia pone al alcance de la pareja. Resalta que la legislación nacional, concretamente la Ley General de Salud, se refiere a estos extremos, pero hace énfasis en el aspecto de la anticoncepción, el resto se encuentra en una etapa prelegal.

Dentro de las relaciones conyugales, especifica los tipos de inseminación artificial, de los cuales sólo uno representa dificultades en el campo del derecho: la inseminación heteróloga, prohibida en algunos países y considerada como adulterio en otros (esta postura puede parecernos absurda y arcaica, sin embargo, pensemos en la razón de existencia del adulterio que no era el castigo sólo por el hecho de tener cópula con mujer casada, sino porque ésta podía traer al matrimonio sangre "adulterada", si, como casi siempre ocurría, de esa relación resultaba embarazada).

En México, sostiene la doctora García Mendieta, la inseminación heteróloga no constituye adulterio ni siquiera en el caso en que fuera realizada sin el consentimiento del marido. En este caso sólo procedería, si se desea, solicitar el divorcio por injurias graves y el desconocimiento de la paternidad, que sólo puede hacerse, tal y como están las cosas actualmente, si el marido demuestra que no tuvo acceso carnal a su esposa durante el periodo legal de la concepción —por absurdo que parezca.

Esto nos lleva al segundo aspecto que extraemos de la lectura del artículo que reseñamos: la filiación, que también tiene varias aristas cuando se trata de inseminación heteróloga, o la realizada en mujer soltera, sobre todo por la falta de disposición legal que proteja el anonimato del donante, resultado de lo cual éste podría llegar a ser señalado como padre legal con todas las responsabilidades que ese estado conlle-

va. Señala nuestra autora, y con toda la razón, que se debería proteger al donante cuya voluntad no es asumir una paternidad sino la de hacer donación de su semen.

Continúa con la cirugía de aristas refiriéndose a la llamada maternidad subrogada que, afortunadamente, no está permitida en nuestro sistema legal.

Explica que si se le desea ver como un simple convenio —o contrato— contraviene a lo dispuesto por los artículos 1794 y 1825. Estamos, nuevamente, de acuerdo con ella: la gestación del ser humano no puede —ni debe ser— estar dentro del comercio, por tanto un “contrato” de esta naturaleza es irrelevante para el derecho mexicano y ninguna de las partes podría exigir el cumplimiento. Estando así las cosas, explica nuestra autora, madre sigue siendo quién da a luz, independientemente de si esto sea cierto o no desde el punto de vista genético. García Medieta continúa abriendo el abanico de posibilidades y afirma: incluso si la madre subrogada es casada el hijo sería hijo habido en matrimonio estableciéndose la filiación en forma automática. Nuevamente, por absurdo que parezca, ella vuelve a tener razón.

El tercer aspecto se refiere a la inseminación *in vitro* misma que, al igual que los anteriores, tiene sus variables particulares. Por un lado, la protección del embrión humano y por otro los derechos del dueño del semen congelado, o de su viuda y demás herederos, si es el caso. La primera de estas variables a generado muchas discusiones de tipo moral, sobre todo; la segunda, revoluciona totalmente la teoría de los contratos, los bienes, la filiación y el derecho sucesorio, como acertadamente lo ejemplifica la doctora García Mendieta a través del famoso caso de Corinne Parpalaix.

Pocos juristas en México son tan claros, profundos y objetivos en el análisis de un tema como lo es Carmen García Mendieta. Este artículo no es la excepción dentro de sus trabajos. Lo único que extrañamos, desde nuestra propia personalidad, es un veredicto de su parte que falta precisamente por esa objetividad que la caracteriza. En todo su artículo no emite un sólo juicio de valor, sólo apunta, hace direcciones, nos llena de cuestionamientos, pero nos deja con la enorme necesidad de oír como resolvería una jurista de su calidad y categoría, estas lagunas que el legislador no ha llenado.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.