

**REVISTA DE REVISTAS**

**Derecho civil . . . . . 887**

Dos graves obstáculos advierte Jack de Sario: el riesgo de desaparición de pequeños hospitales —que sucumbirán ante empresas más sólidas—, lo cual pondrá en peligro la posibilidad de atención a la población estadounidense; por otro lado, debemos destacar que la población de los Estados Unidos madura a pasos agigantados; tan sólo hoy día el 40% de la misma ya tiene una edad promedio de 65 años, con ella los requerimientos de atención médico-sanitaria han aumentado.

¿Estará el país en posibilidades de atenderlos a todos ellos? Necesariamente, concluye el autor, tendrán que darse nuevas alternativas para proporcionar atención efectiva a menor costo.

Héctor DÁVALOS MARTÍNEZ

## DERECHO CIVIL

ÁLVAREZ, Rosa María, "El patrimonio de familia", *Anuario Jurídico*, México, vol. XIII, 1986, pp. 295-300.

Este trabajo fue presentado como ponencia en el Primer Congreso Interdisciplinario sobre la Familia Mexicana, celebrado en 1985 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y se refiere a una institución jurídica de protección económica de la familia, que alcanzó rango constitucional en México durante la segunda década de nuestro siglo.

La autora enfoca su comunicación hacia una investigación más histórica que dogmática. Así, después de un planteamiento de carácter conceptual sobre la familia como unidad independiente de sus miembros, pasa a analizar la figura jurídica del patrimonio de familia desde sus orígenes hasta su regulación actual en el derecho positivo mexicano. El punto de partida, en cuanto a México se refiere, es la Revolución de 1910. De ella surgen una serie de medidas legislativas de carácter regional (el decreto del 15 de abril de 1915, de Emilio G. Saravia para San Luis Potosí y la Ley General Agraria del 24 de mayo de 1915 de Francisco Villa expedida en León, Guanajuato, por ejemplo), que influyeron en la legislación carrancista hasta quedar plasmadas en la *Constitución vigente* y en la *Ley sobre Relaciones Familiares* (1917) del propio Venustiano Carranza. La constante en dicha legislación fue crear un patrimonio inalienable, indivisible e inembargable como

protección a la familia mexicana. Patrimonio que quedó establecido en los artículos 27 y 123 de nuestra carta magna e incorporado al derecho privado mediante su inserción en el Código Civil de 1928. Patrimonio que ha sido objeto de varias reformas posteriores (1976-1984) relativas al monto pecuniario del mismo y a la garantía de las obligaciones alimentarias.

Rosa María Álvarez hace una crítica, no de la institución, sino de su escasa aplicabilidad, señalando las causas que han determinado su bajo nivel de aplicación. Estas son: su engorroso procedimiento, su casi nula difusión, lo limitado de su monto y el poco interés que el Estado mexicano ha puesto en su desarrollo. Luego, con base en su propio análisis, la autora, convencida de las bondades del patrimonio de familia, propone cinco medidas que la harían efectiva: 1) agilización del procedimiento; 2) revisión y refuerzo de la legislación sobre vivienda y habitación en concordancia con la constitución del patrimonio de familia; 3) campañas de difusión masiva sobre sus características, beneficios y formalidades; 4) vinculación del patrimonio de familia con las instituciones públicas dedicadas a la defensa del trabajador y del campesino; 5) inclusión del patrimonio familiar en los programas gubernamentales de planeación social.

Sólo me resta añadir que este estudio cuenta con una serie de virtudes de carácter formal. Tanto por su estructura, como por la claridad de su expresión, Rosa María Álvarez demuestra contar con una buena pluma; *rara avis* dentro de las publicaciones jurídicas que cada día se hacen más ininteligibles y engorrosas.

Beatriz BERNAL

CALÒ, Emanuele, "Multipropiedad y *Consumer Protection* en los Estados Unidos de América", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. LX, núm. 11, noviembre de 1986, pp. 915-934.

La multipropiedad, conocida entre nosotros como "tiempo compartido", es una figura jurídica nueva. Consiste en el derecho que se otorga a una persona para usar, cada año, en forma temporal, un departamento construido en un edificio colectivo o en residencias o cabañas individuales, ubicadas en lugares de atracción turística, mediante el pago de una suma de dinero. El uso se limita generalmente a una o dos sema-

nas cada año, lo que permite al empresario ofrecer cada habitación a varias personas o familias, durante ese lapso.

Por tratarse de una institución jurídica nueva, es aún escaso su conocimiento, como asimismo la legislación existente sobre ella. Tiene, por este motivo, especial importancia para nosotros el estudio que se hace sobre esta materia, porque analiza y destaca la legislación que existe en otros países sobre la "pluripropiedad" o "tiempo compartido".

En Estados Unidos de Norteamérica se ha legislado sobre la multipropiedad en veintidós estados de la Unión, entre ellos se destacan, principalmente: Florida, Louisiana, Pensylvania, California, Hawai. También en Italia, Portugal, Canadá y Francia se ha legislado sobre ella; puede citarse al respecto la ley francesa del 8 de enero de 1986.

Se trata de contratos de adhesión, donde los interesados se encuentran expuestos a graves riesgos al contratar con empresas fantasmas, o cuando existan sobre los inmuebles hipotecas no extinguidas, impuestos no pagados, administración demasiado onerosa, ausencia de medidas para evitar el deterioro del complejo edificado, incumplimiento de obligaciones, etcétera. De allí, la necesidad imperiosa de una legislación protectora de los interesados, que impida esta clase de actuaciones dolosas.

Existe una aguda discrepancia sobre la naturaleza jurídica de la multipropiedad; hay quienes la fundamentan en las obligaciones reales; otros en "el esquema del propietario". Consideran que es una modalidad especial de la propiedad, vale decir una nueva especie de propiedad. Es considerada por algunos como un derecho real atípico, o sea, un "derecho real menor", que gravaría el inmueble. El autor considera es técnicamente inadecuada la constitución de un derecho real atípico.

En los Estados Unidos las leyes estatales sobre la multipropiedad han sido inspiradas en modelos uniformes de dos organizaciones:

1) La National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, constituida por juristas de varios estados de la Unión, que elabora proyectos de leyes uniformes, recomendando su adopción por los órganos legislativos de los estados, los cuales quedan en libertad de acción para aceptarlos o rechazarlos. Esta organización ha propuesto el Model Real Estate Time Share Act (MRETSA), al que el autor denomina: "primer modelo".

2) El otro organismo es el National Time Sharing Council de la American Land Development Association, constituido por un grupo de empresarios que se han impuesto el trabajo de informar al público sobre el concepto y modalidades de la multipropiedad. Han redactado el Model Act, conocido como NTC y que, en conjunto con la National

Association of Real State Licence Law Officials, constituye el segundo modelo. Se le critica por proceder de empresarios, lo que hace dudosa su imparcialidad.

En estos modelos se consideran:

a) Limitaciones geográficas, reservando la edificación de estos complejos sólo a lugares de atracción turística.

b) Acción tutelar (*remedies*) contra las normas y cláusulas "inicias" (*inconscionable agreements*), cuando exista manifiesta disparidad en las prestaciones recíprocas de las partes. Proponen facultar al juez para calificar la iniquidad de las prestaciones y declarar la ineficacia total o parcial de ellas, eliminando, en este último caso, las cláusulas inicias o limitando sus efectos. La nulidad parcial es prevista en los dos modelos. Las cláusulas que son declaradas nulas, no invalidan a las demás.

Ambos modelos coinciden en que es requisito esencial que ambas partes obren de buena fe (*obligation of good faith*), o sea, honestidad en los hechos y observancia de criterios razonables de honestidad en las negociaciones.

c) Administración. Este aspecto presenta características propias por la gran fragmentación de la propiedad. El administrador, además de las obligaciones propias de su cargo debe velar por la limpieza y mantenimiento de los departamentos. Ahora bien, la negligencia, al igual que la excesiva injerencia del administrador, son hechos que pueden ocasionar perjuicios y molestias.

Uno de los modelos propone la constitución de una asociación entre los multipropietarios, que tendría las siguientes facultades: autorreglamentación, intervención en los balances y en su revisión; asunción y licenciamiento del administrador; representación en juicio; estipulaciones contractuales; reglamentación en el uso y mantenimiento del inmueble; imposición de multas en caso de mora en los pagos o violación de los reglamentos y demás facultades que se otorgaren a esta asociación en los reglamentos.

d) Responsabilidad de los multipropietarios. Ambos modelos consideran este aspecto. Coinciden en que deben responder personalmente por las acciones u omisiones que se les imputen y por las que se atribuyan a sus representantes, representados, empleados y huéspedes.

La responsabilidad subsidiaria por las obligaciones convenidas por la asociación, sólo debe limitarse a los derechos que tenga el socio en el complejo.

e) Proponen los modelos reservar uno o más departamentos, que serían utilizados por cualquiera de los multipropietarios cuando al tér-

mino del periodo el departamento de que es titular no haya sido dejado libre por quien lo ocupaba.

f) En los modelos se propone otorgar atribuciones a las asociaciones de multipropietarios para modificar los reglamentos, siempre que con ello no se lesionen los derechos del empresario, salvo que él lo consienta.

g) Protección al multipropietario. Proponen se incorporen a los reglamentos, disposiciones que impidan los abusos que toleran las leyes sobre condominios, que son aplicables directamente o por analogía a la multipropiedad. Por ejemplo: impedir el acceso al complejo a los morosos en el pago de sus obligaciones.

h) Publicidad. Para evitar una propaganda engañosa, proponen los modelos:

Que el empresario haga una exposición completa del complejo, que contenga: el nombre del empresario, el sitio en que está situado el complejo, una descripción general de él, con indicación del número de departamentos, fecha de entrega, tipo y duración del uso, borradores del contrato y de sus reglamentos, forma de administración y gastos inherentes, descripción de los servicios anexos, etcétera.

i) Desistimiento. Se propone que se otorgue un breve plazo a los adquirentes, durante el cual podrán desistirse del contrato.

j) Anticipos. Ambos modelos proponen que los anticipos deben depositarse en manos de un tercero, para evitar fraudes o mala fe del empresario.

k) Garantías de calidad. El empresario estaría obligado a garantizar la buena construcción del inmueble.

l) Controles administrativos. Se propone se consideren ilícitas las ofertas de departamentos sin la autorización previa de la autoridad administrativa, la cual debe ejercer un riguroso control en forma permanente.

Cuando se ofrecen al público complejos aún no terminados, debe exigir la autoridad el máximo de seguridades al empresario, quien deberá acreditar que dispone de los medios necesarios para dar término a las obras.

m) Cese y extinción. El cese de la multipropiedad puede hacerse necesaria en ciertos casos. Se extingue: *a.* al término del contrato o antes de su extinción cuando ha sido contractualmente previsto; *b.* en caso de destrucción material del complejo; *c.* cuando el juez considere que ha terminado la vida útil del complejo, y *d.* cuando se hace anti-económica la existencia de la multipropiedad.

Entre nosotros se le considera como un contrato atípico. Sin em-

bargo, el estado de Quintana Roo lo ha incorporado al Código Civil de 1980 en sus artículos 2757 a 2773.

Lisandro CRUZ PONCE

KATZ, Avi, "Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws", *Columbia Journal of Law and Social Problem*, Nueva York, vol. 20, núm. 1, 1986, pp. 1-53.

Avi Katz aborda un tema que además de actual suscita enconadas controversias, la maternidad subrogada. La presentación del interesante tema se divide en cuatro secciones: La primera dedicada a establecer la distinción entre dos procesos: el mercado negro de infantes y la maternidad subrogada. En la segunda, la autora comenta las legislaciones de los estados de la Unión Americana que en su concepto no distinguen claramente y aun confunden los procesos antes mencionados. En la tercera realiza una evaluación y su correspondiente crítica al desarrollo legislativo en torno a la maternidad subrogada y las opiniones sobre el mismo tema emitidas por el *Attorney General*. La legislación vigente en varios Estados es abordada en la cuarta parte en la que, además, Avi Katz formula criterios que, en su concepto, pudieran resultar útiles al legislador que trabaje sobre la materia.

En Estados Unidos, como desgraciadamente en otras partes del mundo, es práctica común el mercado negro de infantes. Una mujer con un embarazo no deseado recurre a un *baby broker* o "corredor de infantes" para que en el momento del alumbramiento entregue al menor no deseado en adopción a una pareja que se hará cargo del bebé. Como compensación, el *baby broker* recibe una suma de dinero para él y otra para la madre que entregó a su hijo. Se trata de un verdadero comercio con la vida humana.

La adopción es una institución a través de la cual se pretende proteger a los menores sin padres o cuyos progenitores no quieren o no pueden hacerse cargo de sus hijos, y la presencia del *baby broker* (como un tercero sin interés legítimo en los procesos de adopción) afecta varios intereses que merecen ser protegidos jurídicamente: el derecho del menor a mantener los lazos de filiación con sus padres naturales o en su defecto a establecerlos con los padres adoptivos que reúnan más y mejores cualidades. Por su parte, los padres adoptivos, en vista de las responsabilidades que adquieren con el menor, tienen derecho a obte-

ner los antecedentes médicos de la madre natural. El *baby broker* aparece como un obstáculo a la satisfacción de esos intereses, puesto que su objetivo es únicamente pecuniario, no realiza ninguna investigación sobre las condiciones del hogar adoptivo al que será enviado el menor ni sobre los antecedentes médicos de la madre.

En todo proceso de adopción, el padre y la madre naturales deben manifestar libremente su voluntad de entregar al hijo. El *baby broker* impide u obstaculiza el cumplimiento de ese deber puesto que nunca intenta localizar al padre natural y, en caso de que la madre quisiera arrepentirse, presionaría la voluntad de ésta para que entregara al menor.

En cambio, a través de la maternidad subrogada no se lesionan intereses. La maternidad subrogada es un contrato por medio del cual una pareja infértil (en la que la mujer es incapaz de concebir) contrata los servicios de una mujer que acepta ser inseminada con espermatozoides del hombre, llevar a cabo un embarazo, dar a luz y entregar a su hijo en adopción a la pareja infértil.

Las ventajas de este procedimiento, según Avi Katz son múltiples: el hijo se vincula jurídica y emocionalmente, al menos, con su padre biológico, y no tendrá la sensación de haber sido comprado, puesto que su padre natural pagó simplemente por un servicio de subrogación. La madre que alquiló su vientre a diferencia de la que vende a su bebé, manifiesta libremente su voluntad aún antes de embarazarse, y puede, si lo desea, ser representada por un abogado que proteja sus intereses. Inclusive puede obtener ayuda psicológica para "que no experimente al bebé como suyo". Esta madre no tendrá complejos de culpa, puesto que entrega al niño a su padre natural y se sentirá gratificada por haber ayudado a una pareja infértil a disfrutar de un hijo. La madre subrogada no vende a su bebé sino que cobra por los servicios que presta: concepción, embarazo a término, parto y consentimiento para la adopción, de manera que el interés de la sociedad de evitar el comercio con la vida humana no se lesiona. El padre natural se ve plenamente satisfecho pues "obtiene" a su propio hijo, la pareja infértil puede escoger a la madre subrogada tomando en cuenta sus antecedentes médicos. Al desaparecer el *baby broker* como mediador de la operación, desaparecen las posibilidades de chantajes.

A pesar de estas claras diferencias entre mercado negro de infantes y maternidad subrogada, algunos estados de la Unión Americana proscriben los contratos de maternidad subrogada argumentando que el pago a una mujer para que conciba y entregue a su bebé equivale a la venta del mismo. En concepto de la autora de este trabajo, es necesaria una legislación que establezca la clara diferencia entre los dos pro-



cedimientos. La política contra la compraventa de bebés no debe aplicarse a los casos de subrogación. Es necesaria una legislación sobre la maternidad subrogada para evitar abusos. En todo caso es mejor legislar que permitir prácticas ilegales.

Avi Katz finaliza su artículo con la formulación de ciertos criterios que considera pudieran ser útiles al legislador de la materia: La mujer que preste servicios de subrogación debe otorgar su consentimiento para ser inseminada; se compromete a seguir las instrucciones médicas; a no abortar a menos que fuera médicamente necesario; y a dar en adopción al bebé cuando nazca. El padre natural acepta someterse a análisis médicos que procedan, a asumir la responsabilidad legal del menor aun cuando éste nazca con deficiencias, y a pagar un precio por los servicios contratados. Se compromete a pagar incluso cuando la pareja infértil muera; además, en este caso, el menor sería dado en adopción a otra pareja. Las cuotas que se paguen por los servicios de subrogación no deben ser inferiores ni superiores a los mínimos y máximos señalados por las leyes.

La conclusión del artículo es que un adecuado control de la maternidad subrogada será la solución a la infertilidad de ciertas parejas y que no corresponde al derecho impedir este avance.

Existen ciertos principios jurídicos que la autora de este artículo ignora o pretende desconocer. A través de la procreación nace a la vida un nuevo sujeto de derecho, una persona en sentido jurídico. La relación jurídica se fundamenta en el hecho biológico de la procreación. Por el nacimiento una persona adquiere el estado de filiación, o sea, la relación con sus padres; también obtiene un *status familiae*, es decir, una posición dentro del grupo familiar con hermanos, abuelos, tíos y demás parientes. Si bien a través de la adopción se permite romper los lazos de filiación con los padres naturales para crear otros nuevos, esta institución es secundaria, una alternativa menos deseable, cuyo fundamento es la protección de los menores más que el beneficio de los adoptantes.

La situación se torna alarmante, pues al parecer numerosos legisladores y jueces en Estados Unidos no sólo aprueban sino que reglamentan y resuelven sobre la maternidad subrogada que rompe con los lazos de filiación de la madre con su hijo y con el *status familiae* que le corresponde y además convierte a la gestación humana en un hecho que puede estar dentro del comercio.

Ingrid BRENA SESMA

MORO ALMARAZ, María Jesús, "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. LX, núm. 12, diciembre de 1986, pp. 1020-1041.

La autora pretende, en el artículo que reseñamos, encontrar en la legislación civil española el concepto de carga familiar y su sostenimiento. Parte de la premisa apuntada por La Cruz Berdejo en el sentido de que no existe tal concepto sino el de carga de matrimonio, y su objetivo terminal es el de enfocar el tema desde nuevas ópticas.

Afirma que la constitución de una nueva familia conlleva un gran número de compromisos económicos que el legislador ha definido como las cargas del matrimonio; término en el que quedan incluidos el sostenimiento de la familia y la alimentación y la educación de los hijos, entre otras cosas. Esta definición, dice, sólo es un modelo de referencia, de "mínima expresión de las necesidades de una familia". Dichas cargas gravitan sobre los padres, según lo establece la norma. En reciprocidad el legislador señala que los hijos también deben contribuir al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con los padres. Textualmente sostiene:

Se ha optado, por tanto, por el principio de colaboración y no por el de mantenimiento, al igual que en Italia e incluso en Francia. Y esta sustitución no se ha propuesto como una variante lingüística, sino que realmente es una alternativa al régimen jurídico, al paso de una familia patriarcal a otra solidaria.

También señala que desafortunadamente tal principio no está debidamente sistematizado y ello provoca confusiones con el derecho de alimentos aunque su origen, causa, finalidad, fundamento y límites difieren de las cargas familiares.

Esta falta de sistematización aunada a la confusión de los términos matrimonio y familia provocada por la ciencia de tomar al primero como punto de partida para el segundo, inciden en la dificultad para ubicar el concepto tratado por la autora.

A fin de concretar su definición de cargas familiares, Moro Almaraz explica que en la actualidad al habla de familia se entiende la familia nuclear, es decir, aquella que "Ha abandonado las antiguas pasiones de convivencia jerárquica de un grupo amplio en el mismo en forma económica y jurídica y bajo una sola autoridad". (En lo personal, la que reseña no está de acuerdo con esta "definición" dado que la estructura jerárquica de la familia amplia se conserva prácticamente intacta en

la llamada nuclear, lo único que varía es el número de generaciones y de individuos que se agrupan en uno y otro conceptos.)

Ubica a la relación fisiológica entre el marido y la mujer como el "núcleo residual de todos los aspectos de la familia" y señala que el texto legal español recoge estos conceptos.

En este contexto nos explica que las cargas familiares es un "fenómeno" más amplio que el de *onera matrimonii* dado que los destinatarios no son los cónyuges sino la familia entera; "en ellas participan todos los miembros sin ninguna reciprocidad intrínseca", a fin de atender tanto los intereses comunes como los individuales.

Cuestiona si este concepto puede aplicarse a la "comunidad formada voluntariamente" (entendemos que se refiere a las familias de hecho). Textualmente sostiene:

... lo que resulta evidente es que familia no es siempre equivalente a matrimonio, ni éste se producirá en diversas ocasiones, aunque sea lo habitual y así tome por las diversas legislaciones, también la nuestra.

Con estos parámetros no nos parece tan evidente que en el Código Civil no se "conozca" un concepto de carga familiar, y sí de carga del matrimonio, sino que se ha hecho por ciencia una equiparación terminológica de la que se infiere un sentido más amplio del que tendría la carga matrimonial estrictamente.

Tenemos también que reconocen que, a pesar de ello, se trata de una consideración de carga familiar *sui generis* que en ningún caso resucita la idea de la familia como una entidad superior, por encima de los sujetos que la forman.

Agrupar en tres rubros los artículos relacionados con el tema de su trabajo; en primer lugar, los preceptos relacionados con la regulación del matrimonio; en segundo, los entroncados con las normas relativas a relaciones paterno-filiales; y en tercero, las del régimen económico. En todas estas normas se encuentra, al decir del autor, el principio inspirador de las reformas de 1981 que conlleva "una renovación global en la concepción de la familia, de sus hábitos y actitudes tanto internas como externas. Se trata del principio de igualdad matizado de forma peculiar según la situación a la que se aplique". Amén de los principios de solidaridad y de preocupación preferente por los hijos que, en su conjunto, permiten hablar de colaboración familiar en las cargas del grupo.

La autora define a las cargas familiares como el conjunto de necesidades generales por la alimentación y educación de los hijos, la ali-

mentación de los cónyuges o progenitores y por la vida en común. Concretamente la define como "el conjunto de necesidades del que es acreedor el grupo familiar, tanto personales como patrimoniales y que hacen posible la supervivencia en unas condiciones dignas y adaptadas a la posición que ocupa en el entorno social". Así, se trata de necesidades que fungen entre los individuos y el grupo, entre éste y la comunidad; por ello, las necesidades de aquéllos son también del grupo, de la colectividad y del Estado. Esto origina un sentimiento de unidad, un interés común en su satisfacción y orienta el principio de solidaridad familiar.

Así, el deber de contribución para todas las cargas sustituye el deber individual de mantenimiento por el solidario de contribución fundamentado en el principio de colaboración.

Los primeros obligados por este deber son los cónyuges, aunque en el Código Civil español no lo contiene en forma clara y específica como sí sucede con el italiano. Esta postrera reemplaza a la figura del jefe de la familia dado que ambos cónyuges contribuyen al sostenimiento de las cargas familiares con su patrimonio y su trabajo.

En segundo lugar están los hijos. Ellos entran a este deber por una dialéctica nueva en las relaciones familiares. La dialéctica a través de la cual se da el fenómeno que ya mencionamos de la creación de estructura familiar distinta al modelo patriarcal. El nuevo modelo nos refiere a individuos capaces de "vivir de manera responsable y creativa su experiencia familiar". Por esto, los hijos son llamados a cumplir con este deber por la aplicación del principio de solidaridad y unidad de la familia bajo el único fundamento de la conciencia. Evidentemente, señala la autora que la participación en las cargas familiares de los hijos sería en forma equitativa a sus posibilidades o por medio del trabajo en el hogar, tal como sucede con los cónyuges.

El incumplimiento de este deber genera dos tipos de acciones, una para lograr su cumplimiento; una ejecución en forma específica acompañada de la pretensión de reembolso y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento futuro. Por el momento, afirma Moro Almaraz, el procedimiento sólo existe respecto de los cónyuges dado que la vía alternativa para demandas a los hijos es la de los alimentos, la cual desvirtúa totalmente la figura que se analiza.

Lógicamente este deber se extingue cuando la familia se disgregue en su totalidad. No se habla, pues, sólo de la posibilidad de un divorcio dado que, aun con él, se conservan otros vínculos familiares. Se habla de la terminación de la convivencia de los integrantes de la comunidad familiar.

El artículo que reseñamos nos parece sumamente interesante porque pone el acento en relaciones familiares más libres, solidarias y efectivas. Abre, así, la posibilidad de organizar el núcleo social básico en estructuras diferentes a las patriarcales tradicionales que están, hoy por hoy, en crisis.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

PAISANT, Giles, "De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives", *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, núm. 40, noviembre de 1986, pp. 299-304.

La voluntad individual, manifestada en forma libre y espontánea en los actos jurídicos, tiene para el legislador la misma fuerza obligatoria que la ley.

Este principio, conocido en la legislación universal como "autonomía de la voluntad", toma el nombre de "libertad contractual" o "ley del contrato", cuando el acto jurídico que es objeto de la manifestación de voluntad, tiene ese carácter.

El Código Civil francés en su artículo 1134 consagra este principio cuando dice: "Las convenciones legalmente formadas tienen efecto de ley para aquellos que los han celebrado. No pueden ser revocadas sino por consentimiento mutuo o por las causales autorizadas por la ley. Deben ser ejecutadas de buena fe."

El Código Civil redactado por don Andrés Bello, que tiene vigencia en Colombia, Ecuador, Chile y Venezuela, es aún más explícito al decir: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales" (artículo 1545 del Código Civil chileno). Este principio lo consigna también el artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal.

Los autores contemporáneos lo denominan "norma jurídica individualizada", y los romanos, por involucrar el respeto a la "palabra dada", lo conocían por el aforismo *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, este principio en la hora actual ha sido objeto de limitaciones.

Cuando presiones ilegítimas, engaños o maquinaciones fraudulentas, distorsionan la libre manifestación de la voluntad, puede el que las ha sufrido accionar de nulidad el acto viciado (error, fuerza, dolo, lesión). No obstante, en un acto jurídico pueden presentarse otros vi-

cios o defectos que no han merecido la atención del legislador, quien los ha desestimado, según se afirma, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicos.

Puede ocurrir que en las relaciones contractuales se introduzcan cláusulas donde aparezca un acentuado desequilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes, obteniendo una de ellas una ventaja manifiesta, o un cómodo lugar de preferencia, en desmedro de los intereses legítimos de la otra. Se estaría en este caso en presencia de las llamadas "cláusulas abusivas", que no ameritan la invalidación del acto abusivo, mediante las causales específicas señaladas por la ley.

La legislación universal trata de corregir hoy esta actitud de pasividad estableciendo nuevas limitaciones al principio de la "autonomía de la voluntad".

En Francia, el 10 de enero de 1978, se dictó una ley especial destinada a proteger a los consumidores. En su artículo 35 dispuso que las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, especialmente los denominados de adhesión, podían ser declaradas "abusivas" cuando una de las partes obtuviera una ventaja excesiva "al abusar de su potestad económica", las cuales se considerarían "como no escritas" y no invalidarían el acto mismo.

Por temor al "arbitrio judicial", el Parlamento se opuso a que los jueces hicieran la calificación de las cláusulas que tuvieran ese carácter e ideó un procedimiento muy complicado y de poca eficacia, lo que ha hecho ilusoria la aplicación de la ley.

Instuyó una Comisión de "cláusulas abusivas" de 15 miembros y le encomendó la misión de revisar todos los modelos de contratos habitualmente en uso. En caso de localizar en ellos cláusulas abusivas deben ponerlas en conocimiento del Ministerio de Subsistencia y Consejo de Estado, para que las hagan públicas mediante una resolución especial. En lo sucesivo deben recomendar anualmente las modificaciones legislativas o reglamentarias que, a su juicio, sean necesarias para el mejor éxito de estos fines. "Al descartar al juez, dice el autor, se ha preferido un sistema que se caracteriza por su rigidez y complejidad."

Por estas mismas razones, la jurisprudencia ha sido poco abundante. Sin embargo, este género de estipulaciones afortunadamente ha ido desapareciendo de la práctica contractual.

Por excepción, la Corte de París, con fecha 22 de mayo de 1986, ha conocido de uno de estos juicios, rechazando la demanda. Se trataba en la especie, de un caso de cláusulas limitativas de responsabilidad. Un reportero demandó a una casa reveladora de películas que extravió

los negativos y le ofreció, a cambio, varias películas vírgenes en compensación a las pérdidas. Esta facultad aparecía impresa en el recibo que hizo entrega al cliente.

La Corte consideró que la "estipulación litigiosa" no correspondía exactamente a los casos enumerados en las resoluciones hechas públicas por el Consejo de Estado. Los textos, dijo la Corte, "deben ser interpretados restrictivamente porque derogan el principio contenido en el artículo 1134 del Código Civil".

Esta es una demostración, dice el autor, de "que el sistema creado por el legislador de 1978 para luchar contra las cláusulas abusivas, lleva, en sí mismo, el germen de su propia ineficacia".

Considera que en la mayoría de los casos, habría que prescindir del sistema creado por el legislador y buscar en las demás instituciones jurídicas del derecho común, las que pudieran ser aplicables para restablecer la equivalencia de prestaciones, tales como: vicios del consentimiento, infracción a las leyes de orden público, ausencia de causa y de buena fe contractual.

La nulidad por vicios del consentimiento podrá obtenerse invocando la violencia "que aparece, por el abuso de la potestad económica y por el dolo imputable al contratante más fuerte por su deslealtad e infidelidad".

Para descartar el abuso podría también invocarse el artículo 6 del Código Civil. La cláusula abusiva sería contraria al orden público, el cual puede ser calificado por el juez. Cita una sentencia expedida por los tribunales belgas que anularon una cláusula penal excesiva invocando el artículo 6.

Por no obedecer a razones lógicas, la ventaja excesiva que se atribuye una de las partes, "el título invocado, carecería de causa".

En cuanto a la buena fe, opina que una persona que en un contrato obtiene una ventaja desproporcionada a la obligación correlativa de la otra parte, no se puede considerar que obra de buena fe. Cita una sentencia de un tribunal belga que acoge esta doctrina.

Concluye manifestando que la ley 78-23 carece de eficacia para combatir las cláusulas abusivas y que es necesario buscar otro sistema más adecuado.

Destaca que el Parlamento europeo, con fecha 21 de febrero de 1986, adoptó un acuerdo unánime, tendente a la protección de los consumidores.

Cita también una ley canadiense de diciembre de 1978, que en su artículo 8 dispone: "El consumidor puede pedir la nulidad del contrato

o la reducción de las obligaciones, cuando la desproporción entre las prestaciones respectivas de las partes, es tan considerable que equivalen a la explotación del consumidor siendo la obligación excesiva, abusiva y exorbitante.”

En Alemania Federal, con fecha 9 de diciembre de 1979, se ha dictado una ley sobre esta materia y lo mismo se ha hecho en Luxemburgo el 21 de agosto de 1983. Estas leyes han sido expedidas de acuerdo con lo convenido en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuya resolución de 16 de noviembre de 1976, dice:

Considerando que la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de suministro de bienes y de servicios y la ausencia de legislación adecuada en esta materia, dejan a los consumidores en una situación de inferioridad perjudicial a sus intereses, recomiendan a los Gobiernos de los Estados miembros crear instrumentos de eficacia jurídica y otros, a fin de proteger a los consumidores contra este tipo de estipulaciones en los contratos estandarizados de suministro, de bienes y servicios, considerándose abusiva toda cláusula que entrañe un desequilibrio de derechos y obligaciones, en perjuicio de los consumidores.

El autor, ante la ineficacia de la ley, termina recomendando a los consumidores la redacción de “contratos tipos” eliminando las cláusulas abusivas.

Propone, también, que la Comisión de cláusulas abusivas elabore una lista más amplia, incluyendo otros casos que los reconocidos hasta hoy.

Propone por fin, que se autorice al juez para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas cuando exista desequilibrio en las prestaciones de las partes.

Es de esperar, dice, “que en Francia se dicte una ley que ampare los derechos de los consumidores, dándoles la protección que les han negado las leyes de 28 de enero de 1978 y el decreto de 24 de marzo del mismo año”.

Lisandro CRUZ PONCE



PERLINGIERI, Pietro, "La famiglia nel sistema costituzionale spagnolo", *Vita Notarile*, Palermo, año XXXVIII, núms. 1-3, enero-junio de 1986, pp. 15-22.

El artículo que presentamos es un estudio comparativo entre el sistema español y el italiano. Perlingieri parte de la afirmación que el derecho de familia y el derecho constitucional son fundamentales para el estudio de la personalidad humana y señala que en esta perspectiva ambos sistemas presentan una filosofía de vida similar aunque las estrategias pudieran ser diferentes. Ello sucede por la semejanza entre las raíces ideológicas, culturales y políticas de ambos países.

Así, ambas constituciones hicieron su elección en la personalidad y la solidaridad dejando en el centro de la unidad constitucional a la persona humana y no a valores económicos-patrimoniales, los cuales son considerados como instrumentos para la realización del valor humano.

Para continuar señala uno de los errores metodológicos más comunes que existen en el estudio y en la práctica del derecho constitucional —y que es necesario evitar— consistente en considerar a la norma constitucional como estrictamente política, programática o una tendencia sin vigencia hasta que una norma ordinaria se la proporcione, de tal suerte que al interpretar una norma ordinaria se debe iniciar con el análisis de su adecuación a la norma constitucional. El segundo paso, tratándose de los dos sistemas en cuestión, es relacionar la segunda parte de la Constitución, que se refiere al Estado, las comunidades autónomas y a los poderes públicos, con la primera, que trata sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, la tutela de la persona humana y sus derechos fundamentales, dado que no existe un interés del Estado superior a la realización de los derechos fundamentales de la persona.

Habiendo hecho estos apuntes pasa a explicar el sistema constitucional de la familia, con la afirmación de que en España, de conformidad con lo expresado en el artículo 32,1 constitucional, el matrimonio no tienen ninguna garantía o disciplina que le sea particular, por lo cual queda a la norma ordinaria la tarea de precisar las reglas que han de aplicarse a esta institución.

En cambio, el artículo 39 de dicha Constitución sí señala sus principios y sus reglas. En él se presenta a la familia como una asociación privilegiada dentro del derecho general de asociación. Se define a la familia como un grupo útil para el pleno y libre desarrollo del individuo, sobre todo cuando está en formación. En este contexto el sistema constitucional español, a diferencia del italiano, incluye en su tutela a toda la familia, desde los hijos hasta los ancianos, utilizando, para ello,

el concepto amplio de este grupo social sin que necesariamente se le vincule al concepto de matrimonio. Frente a esto Perlingieri afirma que "La noción de familia es una noción múltiple —previamente habló de la familia de hecho, por adopción, entre afines, etcétera— siempre digna de tutela cuando representa un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo pleno y libre de las personas que lo integran".

Sin embargo, continúa explicando Perlingieri, al hablar de la familia en el sistema español se entiende que el interés tutelado es el interés del grupo en tanto que se identifica con el interés de sus miembros, dado que la familia ya no se reduce a una concepción individualista en donde cada uno de sus miembros pueda conducirse según sus propios intereses, en todo caso deberán respetar los valores fundamentales del ordenamiento constitucional, en especial el principio democrático característico de la Constitución española. Es decir, dado que el Estado se erige como un Estado social y democrático no puede consentir que las comunidades intermedias que lo integran se conduzcan de alguna otra manera. Por ello, la familia española debe atenerse a los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Principios que rigen la educación en el núcleo familiar, las relaciones entre los cónyuges, las reglas de divorcio, etcétera, por lo que concluye que la familia está fundada en el consenso y en la responsabilidad tanto en el acto —o hecho— que le da origen como en las relaciones que se establecen en donde se encuentran la unidad y solidaridad que deben caracterizarla, a menos que exista una crisis en su seno.

Finalmente, sostiene que dentro del sistema español los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para la libertad e igualdad del individuo en todos los grupos en que se desarrolla, principalmente en la familia; en esta visión queda encuadrado el concepto de orden público al cual se deberá atener cualquier interpretación que se realice del Código Civil en esta materia.

Para concluir esta reseña, permítasenos resaltar su importancia que, desde nuestro punto de vista, no sólo se encuentra en el estudio comparativo que nos demuestra el trabajo realizado por los Estados español e italiano en torno a la reestructuración de la familia como una instancia en donde se reflejan valores democráticos y ya no autoritarios, sino también en la metodología propuesta para la interpretación judicial de la norma aplicable a una determinada relación familiar. Nos dice Perlingieri que el juzgador no podrá imponer su ideología, sino que, a partir de la definición constitucional, deberá demostrar una sensibilidad para entender las circunstancias que caracterizan a cada familia en

concreto. Esto, a pesar de que la Constitución mexicana no tiene definición alguna sobre el grupo familiar, es perfectamente válido para nuestro país.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

## DERECHO COMPARADO

Kuss, Klaus-Jürgen, "New Institutions in Socialist Constitutional Law: The Polish Constitutional Tribunal and the Hungarian Constitutional Council", *Review of Socialist Law*, Leyden, Holanda, vol. 12, núm. 4, octubre-diciembre de 1986, pp. 343-366.

En este documentado estudio, que se apoya en doctrina, legislación y jurisprudencia consultadas en los idiomas de los países examinados, se hace un estudio comparativo del sistema de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas de varios ordenamientos socialistas y particularmente de dos nuevos órganos de justicia constitucional creados recientemente en Polonia y Hungría.

El autor pasa revista a los ordenamientos que siguen el modelo de la Unión Soviética sobre el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, el cual se atribuye al órgano legislativo, es decir, el Soviet Supremo, Asamblea Popular, Asamblea Nacional, etcétera, y concretamente al Presídium o Consejo de Estado respectivos, no obstante lo cual se observa una tendencia hacia una aproximación a los sistemas occidentales de justicia constitucional, y como ejemplo más significativo a las constituciones federales yugoslavas de 1963 y 1974, que establecieron, siguiendo con matices peculiares el modelo de la República Federal Alemana, una corte constitucional federal y cortes constitucionales locales en cada una de las seis repúblicas autónomas, en realidad, entidades federativas.

El profesor Kuss señala que no obstante el sistema actual de autocontrol del Soviet Supremo de las leyes que expide, así como de los restantes actos legislativos de otros órganos del Estado, en la primera Constitución federal de 1924 se ensayó la revisión judicial de las disposiciones expedidas de los órganos ejecutivos de la Unión y de las Repúblicas federadas, a instancia de los consejos de los comisarios populares. Además, este