

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil 648

Concluye el autor afirmando que es frecuente el abuso y la violación de los derechos humanos. Sus víctimas más frecuentes y constantes en América Latina son los campesinos, especialmente los indígenas.

En las sociedades campesinas no hay postración, hay obstáculos e incertidumbre, pero también hay actividad, movilización, imaginación e iniciativa.

La iniciativa campesina en el espacio de las estrategias de reproducción social, se ubica en el terreno de la defensa, de la resistencia. Las movilizaciones campesinas para la lucha por sus derechos y demandas, son el complemento de la resistencia.

Luis M. PONCE DE LEÓN ARMENTA

DERECHO CIVIL

BRIGANTI, Ernesto, "Considerazioni in tema di danno ambientale e responsabilità oggettiva", *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoles, núm. 2, junio de 1987, pp. 289-293.

Considera el autor que las empresas deben responder objetivamente por los daños que ocasionan en cuanto a la contaminación ambiental.

Dice que ante el empobrecimiento de los recursos naturales ha crecido el interés por tutelar el ambiente. La noción de "bien ambiental" no es sólo jurídica, sino también del lenguaje sociológico, urbanístico y arquitectónico.

No es posible dictar normas unitarias sobre la defensa del ambiente, por tratarse de nociones regionales.

Existen varias definiciones sobre esta materia. En el Congreso Internacional de Lengua Francesa, se le definió como "el conjunto de agentes físicos, químicos, biológicos y factores sociales susceptibles de tener, en determinado momento, efecto directo o indirecto, inmediato o a término, sobre los seres vivos y las actividades humanas". Comenta el autor que la definición es genérica, pero tiene el mérito de coligar la defensa del ambiente con la defensa de la persona.

El ambiente sería todo lo que circunda y condiciona la vida humana, coincidiendo su tutela jurídica con el interés variado y heterogéneo de la persona.

También se le define como "el conjunto de condiciones características de un espacio en donde existen y se desenvuelven relaciones humanas".

La jurisprudencia administrativa lo considera como "la complejidad de las condiciones externas en que vive y actúa el individuo".

Las leyes que se dicten sobre el ambiente sólo pueden ser sectoriales porque esta noción se encuentra ligada al territorio, al urbanismo y a la salubridad. Tutelar el ambiente significa proteger las condiciones de vida de la población, que podrá disfrutar de un "ambiente sano, no contaminado".

Encuentra el autor cierta semejanza entre la tutela legal al consumidor y la defensa del ambiente, por la estrecha relación que observa entre la degradación ambiental y la responsabilidad de la empresa. Hay, dice, factores que constituyen una permanente agresión a la salubridad del ambiente a consecuencia de los modernos y complicados procedimientos tecnológicos que emplean hoy las empresas en la producción.

El problema relacionado con la responsabilidad de la empresa empieza a interesar a la doctrina, que ha elaborado una ingeniosa construcción interpretativa en materia de prueba de los daños ambientales, introduciendo la noción de la responsabilidad objetiva del empresario, por riesgos de la empresa. Esto permite exonerar del peso de la prueba a los afectados cuando ejerciten las acciones que proceden en contra de los empresarios, para obtener la reparación del daño.

El principio de la responsabilidad objetiva en materia de daños ocasionados por la actividad empresarial, no ha sido unánimemente aceptado por la doctrina.

En un proyecto reciente sobre Estatuto de las Empresas, se propone responsabilizarlas de los daños que ocasionen sus productos a los consumidores. Les sería imputable el daño por existir un vínculo contractual entre el adquirente y el empresario. Se recurre en este proyecto a los principios de la responsabilidad objetiva por tratarse de riesgos de la empresa.

Enumera el autor diversas leyes dictadas en Italia, en las cuales se ha incorporado el principio de la "responsabilidad objetiva", por los daños que puedan ocasionarse a particulares.

Cita al efecto la ley número 1860, de 31 de diciembre de 1962, sobre accidentes nucleares.

El 21 de enero de 1983 Italia se adhirió mediante una ley a la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por el uso de hidrocarburos.

Por fin, por ley de 25 de enero de 1983, se estableció que en los casos de daños ocasionados por objetos espaciales, al igual que en las leyes anteriormente citadas, no se admitía la prueba liberatoria, por considerarse que la responsabilidad es de carácter objetivo.

Termina el autor manifestando que por ley de 8 de julio de 1986 se creó en Italia el Ministerio del Ambiente. En su texto se resguarda el criterio de la responsabilidad pero se omite la objetiva al disponer en uno de sus artículos que "cualquier acto doloso o culposo que comprometa el ambiente y que ocasione daños obliga al autor del hecho a su resarcimiento". Critica este criterio por la dificultad de la prueba de culpabilidad, pues hay casos de alteración del ambiente en que el daño viene a existir o a manifestarse a mucha distancia del tiempo del inicio del acto lesivo, con lo cual se reduce notablemente la posibilidad de la prueba del hecho causal y contradice la doctrina "de la imputación objetiva", que debe ser la regla fundamental en un eficaz sistema de tutela del ambiente.

Lisandro CRUZ PONCE

DOGLIOTTI, Massimo, "I diritti dell'anziano", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año XLI, núm. 3, septiembre de 1987, pp. 708-719.

Recientemente tuve que buscar información sobre los derechos en la tercera edad, con especial referencia al área de derecho civil y familiar. Mi sorpresa fue grande al no encontrar más que este artículo de Dogliotti que, desde luego, reseño para que tenga más difusión. Me percaté de que los estudiosos del derecho consideramos a los viejos exclusivamente como un problema de pensiones o como personas que pueden excusarse de algunas tareas como la tutela. Sin embargo, los viejos nos piden que recordemos que algún día seremos también viejos y que necesitaremos, como ellos ahora, del apoyo de nuestras familias y de nuestra comunidad para transitar por esa última etapa de la vida con la dignidad y el decoro a que tienen derecho todo hombre y toda mujer por el simple hecho de serlo. También nos piden que recordemos que no todos gozan del "privilegio" de una pensión o de tener recursos propios para atender, por sí mismos, sus necesidades.

Massimo Dogliotti explica que en Italia, antes de 1967, cuando se “descubrió” al *fanciullo*, los juristas se ocuparon del menor sólo para tratarlo como un sujeto peligroso o delincuente joven, con una actitud aparentemente generosa cuando, en realidad, a quien se protegía era a la sociedad, sancionando severamente al menor sin preocuparse de su rehabilitación y, mucho menos, de su desarrollo personal.

En un segundo momento, también, antes de 1967, se observa un cambio de revisión respecto del menor, cuando empieza a surgir el concepto de *favor minoris* que se traduce en una mayor “clemencia” hacia el menor delincuente, pero, siempre, en el campo penal.

El “descubrimiento” mencionado trajo consigo una definición clara de los derechos subjetivos y autónomos inherentes al menor y una “actitud” social que lo involucra en el quehacer de la comunidad como miembro al que se debe tener una consideración especial y que exige mayor respeto en las relaciones familiares y educativas. Se trabaja desde entonces, en la búsqueda de alternativas para integrar plenamente al menor como ciudadano en formación evitando su marginación. Según Dogliotti, el trabajo realizado es mucho y de importancia. Sin embargo —dice—, existen otros grupos de marginados a los que, por serlo, el derecho no ha prestado suficiente atención. Uno de ellos es el conformado por los viejos. Ellos, al decir de este autor, se encuentran, en cuanto sujetos de estudio, en una situación análoga a la que tenían los menores antaño. Su opinión concuerda con lo que afirmé inicialmente: para el derecho el grupo de viejos es un problema de pensiones, incapacidad por la edad y de población en asilos. Estos dos rubros —precisa— son vistos más por geriatras, sociólogos y antropólogos que por juristas, razón por la que se pregunta si este es un aspecto de la sociedad ante el que, nuevamente, el jurista se presenta con retraso. No obstante, justifica este retraso explicando que el estudio de la tercera edad es mucho más difícil para el jurista que, por ejemplo, el del menor, pues la figura de éste está perfectamente definida: menor es todo aquel que no ha cumplido 18 años, no se habla de una referencia psicológica a la madurez, sino de un hecho cronológico concreto. Por el contrario, no existe una definición precisa del viejo(a) dado que, en el derecho civil, las normas que se refieren, de alguna manera, a los añosos, no nos permiten inferir una conceptualización clara.

Explica que, en Italia, el Código Civil dispensa a quienes han cumplido 65 años, del ejercicio de la tutela; tiene, también, una mención especial para los viejos frente al vicio de la violencia en materia contractual. En el área penal —nos dice— se toma en consideración la edad

avanzada del(la) delincuente en casos como la aplicación de la libertad condicional, otorgándole ciertos beneficios. Incluso en el aspecto de pensiones, en la República italiana se habla de pensiones de vejez o ancianidad, para la cual la edad varía entre los 55 y 65 años. Es más, para que opere el beneficio de la pensión social de los indigentes, se requiere haber cumplido los 65 años, como nos hace notar. También es fácilmente observable en nuestro país que la diversidad de edades señaladas no nos permite tener una indicación precisa que nos sirva de base para una definición.

Por otro lado, el autor señala que, por lo menos estadísticamente, existen situaciones en las que los viejos(as) se ven involucrados con mayor frecuencia que otros grupos, tales como: interdicción, alimentos o como víctimas de robos y fraudes. De ahí que si bien la legislación no los toma en consideración como al menor, por lo menos, en situaciones de especial peligro, les otorga cierta consideración. Pero dicha consideración no es exclusiva del anciano, por lo cual no sólo no lo define como sujeto de tutela específica, sino que en tanto no se encuentre en la situación de peligro o de riesgo, el viejo es un sujeto capaz como cualquier otro y no se le brindan privilegios o protecciones particulares ni se le imponen limitaciones a su capacidad. Quisiera apuntar, al margen de lo expresado por Dogliotti, que esto es parcialmente justo, como ha resultado ser el principio de igualdad siempre que se le ha llevado a los extremos, pues existen personas y grupos en la sociedad que, por sus condiciones particulares, deben ser especialmente apoyadas por el Estado para lograr los fines vitales que se han propuesto. Tal es el caso de los menores, de los viejos y, también lo es, de las mujeres. Este apoyo debe brindarse porque, si bien el principio de igualdad es válidamente considerado en cuanto a la dignidad de cada ser humano —hombre o mujer, niño o viejo—, se debe tener presente que la estructura de nuestra sociedad establece claras diferencias entre unos y otros en un ámbito de competencia que deja en desventaja considerable a estos grupos en relación con los que responden a la imagen de poder en nuestra estructura patriarcal.

Dogliotti señala —regresando al artículo que se reseña— que, en el ámbito constitucional, existe un principio fundamental en materia de aquellos derechos fundamentales de la persona que, en su aplicabilidad en sociedad, reflejan el interés público de “remover todo obstáculo al desarrollo de la personalidad”; tal es el caso respecto de los viejos en cuanto al derecho a la salud y a la asistencia social. De ello se desprende —según Dogliotti— que existe un derecho del “viejo en dificultad”

en todos los sectores, desde el laboral hasta el familiar y, de ahí, a la asistencia de la comunidad.

Propone ampliar la legislación que los tutele —en lo personal, prefiero el término apoyo—, pues no considera pertinente crear una normatividad específica para los viejos, pues sería tanto como propiciar su marginación en forma definitiva.

Con este considerando, y en forma —a mi parecer— demasiado breve, enuncia dos aspectos del derecho civil que requieren una revisión: inhabilitación e interdicción (institutos inadecuados pues su centro de interés gravita en el aspecto patrimonial de la persona interdicta o inhabilitada que en su propia persona), y los alimentos (de los cuales, así entre paréntesis, valdría la pena, en México, establecer claramente la diferencia entre los alimentos estrictamente necesarios y aquellos en que incluyen la consideración de la situación económica del acreedor).

Con estos dos ejemplos, nuestro autor subraya —desde mi punto de vista— la necesidad de que el jurista y la legislación cubran el retraso cultural en que se encuentran respecto de los ancianos, de que nos abramos “a la problemática del anciano individualizando derechos y formas de protección, aun en el ámbito de la normatividad vigente, y delineando nuevas, con miras a una reforma” (sin caer en la tentación de idear una normativa *ad hoc*, exclusiva para el anciano, que podría ser el origen de una nueva marginación).

Necesidad imperante en Italia por el envejecimiento de su sociedad, por el gran número de viejos que inclinan las balanzas demográficas a una “edad social” muy superior a aquella promedio en México; pero también necesidad en México, pues los hoy niños y jóvenes, algún día, no muy lejano, vamos a ser viejos. Esa es una realidad indiscutible que tenemos que atender.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

FRANCESCHELLI, Vincenzo, “Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1159-1174.

En Europa existe una gran efervescencia en torno al tema de la hoy llamada procreación asistida, concepto en el que se engloban otros usados hasta hace poco, como son la inseminación artificial, fecunda-

ción artificial o asistida, manipulaciones genéticas, etcétera. Esta eferescencia responde a una realidad europea: la gran cantidad de niños y niñas que han nacido en los últimos años a través del uso de estas nuevas técnicas. Niños y niñas que, al ir creciendo, cuestionaron con su sola presencia una serie de principios de derecho familiar que creíamos intocables. Este fenómeno se empieza a presentar en México; por lo tanto, a pesar de las diferencias culturales que nos distinguen de las sociedades europeas, es importante conocer los trabajos allá realizados y tratar de aprender, con provecho, la experiencia ajena.

El artículo de Vincenzo Franceschelli se inserta en esta corriente y responde a una invitación que turnó especialmente la revista italiana *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, a un grupo de juristas para reflexionar sobre los problemas que la procreación asistida ha creado en el mundo jurídico. Su punto de partida son los dos proyectos de ley que para Italia redactó la *Comissione Santosuosso* y un caso concreto: *Whitehead vs. Stern* en Nueva Jersey, caso que gira en torno a un problema de arrendamiento de útero o maternidad subrogada, en el que existiendo un conflicto entre los llamados "padre y madre sociales" y la madre biológica, fue resuelto por el juez que oyó la *litis*, obligando a la madre biológica a entregar la niña que parió al "padre contractual", pues dicho juez consideró que así atendía a los intereses de la niña, que deben prevalecer siempre sobre los derechos de los adultos, aun cuando éstos sean el padre y la madre. Como hace notar Franceschelli, tal sentencia consideró válido el contrato celebrado para tales efectos, aunque esta consideración se encuentre escondida tras reflexiones aparentemente válidas.

Señala que estos considerandos no son nuevos, pues se han utilizado en el campo veterinario como una forma de incrementar la productividad pecuaria. Sin embargo, aplicado al género humano, al origen de la vida humana, atañe aspectos valorativos por la moral, la filosofía y el derecho, entre otras ciencias.

Respecto de los dos proyectos de la *Comissione Santosuosso*, así como de otros que se han presentado por diferentes grupos políticos parlamentarios, crítica, en forma acertada, la gran preocupación de los redactores por la casuística del fenómeno, preocupación reflejada en la dispersión de la atención en lo particular y en la pérdida de vista de los aspectos generales, por lo que ambos proyectos son dos instrumentos profusamente articulados en donde las normas fundamentales, declarativas, son pocas en relación con otras meramente reglamentarias

que no sólo pueden resultar obsoletas en breve, sino que, por su naturaleza, pueden incluirse en otro tipo de ordenamiento.

De hecho, entre los años cincuenta —en los que se inició la presentación de proyectos— y la actualidad, la corriente ha cambiado desde una actitud prohibicionista hasta el acceso a las nuevas técnicas de reproducción humana y su aceptación, pasando, claro está, por la actitud de tolerancia.

Enfoca su atención en la fecundación *in vitro*, pues este es el fenómeno base de la que él denomina “paternidad contractual”. Frente a este punto, los proyectos que analiza tampoco tienen un denominador común. Algunos la aceptan, otros la prohíben, otros la toleran en ciertos casos como la esterilidad probada de ambos cónyuges. Aunque Franceschelli no lo expresa así, para mí resulta evidente que cada proyecto refleja una particular ideología en torno a la maternidad y a la paternidad. Ideología que debemos sacar a la luz y tener muy presente al analizar cualquier proyecto de ley, especialmente aquellos que se refieren a la familia y a la maternidad.

Continúa Franceschelli indicando aquello que afirmé al iniciar esta reseña: esta actividad se encuadra en un vasto movimiento europeo que ya ha empezado a dar frutos. Suecia desde el 20 de diciembre de 1984 ya cuenta con un cuerpo normativo para atender esta problemática.

Además, el Consejo de Europa en 1979 aprobó un “Proyecto de recomendaciones sobre la inseminación artificial de los seres humanos”, en el que se destaca que estas prácticas si bien resuelven una problemática familiar, plantean muchos otros de tipo moral, jurídicos y médicos, que van desde la gratuidad de la donación de esperma al estatuto jurídico del hijo concebido mediante estos recursos.

A partir de este punto, el autor de este artículo inicia un cuestionamiento que, desde mi criterio, refleja una falta de comprensión de la naturaleza humana y de la forma en que hombres y mujeres respondemos a las presiones sociales. Franceschelli pregunta si vale la pena reescribir el derecho de familia sólo para regular un fenómeno que responde a intereses egoístas. La forma de su cuestionamiento hace inútil una respuesta, pero, para evitar dudas, él mismo resuelve a través de la negativa, pues —indica— olvidamos que legislar “significa fijar normas y no principios morales o éticos”. Y, añade, “fijar normas jurídicas significa resolver imperativamente conflictos de interés, lo cual significa un interés por la prevalencia de otro”. De ahí que favorecer a la madre contractual significa sacrificar a la naturaleza y viceversa,

así como reconocer la paternidad contractual significa rediseñar los confines de la paternidad en sí. Junto a la pregunta de si este esfuerzo vale la pena, lanza otra con la que cuestiona si no es más sencillo dejar a los particulares la solución a estos conflictos, lo cual no significa, según él, prohibir estas prácticas. Sólo significa que la sociedad todavía no está preparada, no está madura para una normatividad específica en la materia y que es pertinente no establecer cortapisas al futuro sino permitir que sea el juzgador quien decida cada caso concreto.

Nuevamente Franceschelli, como otros autores varones, explica la razón de ser de este fenómeno en los obstáculos burocráticos-jurídicos que existen en torno a la adopción y a la falta de "disponibilidad" de niños y niñas para adoptar en virtud de la proliferación —y legalización— de los abortos. De ahí que sugiera que una forma de contrarrestar la fecundación *in vitro* como alternativa a la esterilidad de las parejas es la agilización o revitalización del instituto de la adopción, la simplificación de su procedimiento, el establecimiento de controles eficaces para la llamada adopción internacional y el establecimiento de "sistemas y condiciones para que tantos niños prácticamente abandonados desde el punto de vista material y moral sean considerados como disponibles para la adopción".

Resalta la adopción entre fecundación artificial y adopción y señala que esta última contempla la legítima aspiración de los progenitores —adoptivos— a la "procreación" atendiendo con prioridad el interés del menor. En cambio, la fecundación artificial satisface "sólo el interés" —¿egoísta?— de la pareja.

Más adelante continúa reforzando esta crítica señalando que aun con la aceptación de, sin conceder, que fuera loable el interés en la fecundación artificial, no siempre los intereses privados merecen una intervención reguladora del Estado o la protección del derecho. De ahí su sugerencia de que la acción legislativa sólo debe darse en los límites de un señalamiento de fronteras entre lo lícito e ilícito en esta área y a la definición de indiscutidos principios generales, y el resto se deje a la voluntad de los particulares y, en caso de conflicto, al criterio del juzgador.

Termina con una afirmación extraída del caso conocido como *Baby Cotton*: "habiendo nacido la niña, lo que interesa es aquello preferible para ella y no la forma como llegó al mundo". Esto es cierto. Sin embargo, difiero en los planteamientos expresados por Franceschelli, pues dejar al arbitrio de los particulares la regulación de este fenómeno y seguir manteniendo abierta la puerta a la maternidad subrogada

significa aceptar la posibilidad de la comercialización del cuerpo de la mujer, actitud contraria a principios humanistas que no deberían ser tocados —como es que el ser humano no está dentro del comercio—, y también contraria al espíritu que sanciona conductas como el lenocinio. Yo preguntaría: ¿qué diferencia existe en pagar por el uso del cuerpo de la mujer para atender una concepción y pagar por el uso de ese mismo cuerpo para satisfacer un deseo de tipo sexual?, ¿sólo el fin? Creo que no es en ese extremo que debemos ver el problema. Para este caso no es válida la consideración de que el fin justifica los medios. Lo debemos ver y analizar en la comercialización misma, en el pago por el uso del cuerpo y es en ello en lo que tenemos que hacer énfasis para lograr la acción legislativa y no permitir actitudes como la propuesta de Franceschelli.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

GAMARRA, Jorge, "Aspectos principales de la jurisprudencia", *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Uruguay*, Montevideo, núm. 4, 1987, pp. 9-23.

El estudio crítico de algunos aspectos de la jurisprudencia dada a conocer por la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, publicada en el órgano oficial, titulado *La Justicia Uruguaya*, es el que lleva a cabo el doctor Gamarra en el artículo que se comenta. Expresa, previamente, que el único propósito perseguido con esa crítica es aclarar dudas en relación con algunos temas que han provocado acres debates y han dado lugar al planteamiento de diversas cuestiones de grave fondo jurídico, como la moratoria, el incumplimiento, la teoría de la responsabilidad de las mutualidades y de los médicos y la teoría de la imprevisión. Trataremos de ofrecer sintéticamente tales planteamientos.

Tema polémico y actual ha sido el de la moratoria, no sólo porque ha dado lugar a variadas interpretaciones y conflictivos problemas, sino que —como lo señala el doctor Gamarra— ha sido motivo de juicios e injusticias por parte de los jueces, quienes convertidos en autómatas y renovadores, han hecho del principio *favor debitoris* un concepto casi sacro; opinión que él no comparte y respecto de lo cual ofrece sus razones. Considera que el Código Civil alemán es el cuerpo de leyes que mejor trato ha dado a la figura jurídica de la moratoria o "mora",

como prefiere llamarla. El caso resulta típico: un deudor sabe a conciencia que debe cumplir con el pago de la deuda que haya contraído, llegado el día del vencimiento de la misma, pero no cumple con el compromiso y al no cumplir cae en mora. Esta es la situación simple y sencilla de la cuestión. ¿Cuesta trabajo alguno cualquier interpretación?, se pregunta. ¿El incumplimiento permite que proceda de inmediato o después de cierto tiempo la interpelación del acreedor?, es el otro problema que plantea. Y les da contestación.

Para el doctor Gamarra la doctrina alemana ha resuelto el caso tal cual es. El deudor está obligado a cumplir con la deuda sin esperar a que se le demande y ser hasta entonces que plantee la moratoria. Pero la doctrina francesa acepta que sea hasta el momento en que el acreedor formule su interpelación cuando surge tal mora. Se parte en el derecho francés de la idea de que si el acreedor no interpela, aun vencida la obligación, el deudor no incurre en mora alguna. Para el autor es una forma muy cómoda de ver el problema y con base en ella el alto tribunal uruguayo ha resuelto la cuestión; opinión que en forma alguna comparte por estimarla fuera de la realidad legal.

Esto lo lleva al análisis de la teoría de la imprevisión. Dice que existe una jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de primer turno, sobre cinco sentencias de los juzgados civiles, en el sentido de rechazar la interpretación francesa. Los argumentos esgrimidos son: primero, los contratos deben cumplirse tal como fueron pactados y no pueden modificarse o revisarse aunque se presenten acontecimientos extraordinarios que alteren la ecuación económica y que no pudieron ser previstos por las partes. Se trata del principio *pacta sunt servanda* que debe ser rigurosamente observado. Segundo, no existe en el derecho positivo uruguayo, entre las causas de extinción o de revisión, ninguna mención a la teoría de la imprevisión; existe únicamente la revocación del contrato por mutuo disenso o por las causas que la ley establece; la imposibilidad extingue, desde luego, la obligación, pero lo cierto es que la teoría de la imprevisión no figura. Tercero, la ley 14,500 que resolvió lo concerniente a la cláusula contractual del pago en moneda extranjera, debe interpretarse en el sentido de la irrelevancia de las fluctuaciones del valor del signo monetario nacional, frente a la divisa foránea (esto es, el dólar) que asume el rango de moneda de contrato. Si el deudor asumió el riesgo de la desvalorización monetaria, asumió todo el riesgo, porque carecería de sentido la cláusula relativa al valor del crédito, que es en suma el valor de la obligación.

Es fundamental para entender la cuestión establecer la forma en que se haya suscrito el convenio. La tesis tradicional sostiene que promesa y contrato obedecen a igual obligación contraída. La relación jurídica se perfecciona una vez llenadas las formas de la solemnidad señaladas por la ley. Mientras estas formas no se llenen, las partes pueden arrepentirse, es decir, no hay obligaciones creadas. El caso típico se da en la firma de una escritura pública ante notario. Faltando por tanto la solemnidad no hay contrato y, en consecuencia, tampoco ha nacido ninguna obligación. La interpretación extensiva respecto a la solemnidad, si le parece correcta al doctor Gamarra, porque a su juicio, el principio general que consagra la ley es el de la libertad de forma y cualquiera otra interpretación transgrede el principio de autonomía de la voluntad. Las partes pueden elegir la forma que más les plazca, porque tienen derecho a ello conforme a la autonomía de la voluntad.

Se presenta entonces el problema de la imposibilidad de cumplimiento. Se dice con frecuencia que nadie está obligado a lo imposible, pero en concepto del doctor Gamarra toda imposibilidad debe ser analizada desde un punto de vista objetivo. Expone el caso de un socio de una asociación civil que no paga las cuotas que le corresponde y ante el apremio judicial alega que tuvo grave situación de subsistencia que le impidió cumplir sus obligaciones. Dice que los tribunales han estimado que ante esta situación no puede hablarse de deudor moroso cuando en la mora se encuentre presente la culpa. Para él en la mora la imposibilidad no se concibe. Se trata de simple incumplimiento que puede estar avalado o no por causas justificadas, pero esta es otra cuestión ajena a la mora; el incumplimiento puede en todo caso ser ajeno al comportamiento del deudor y provenir de algo fuera a la condición propia de dicho deudor e, inclusive, no incidir en el elemento "culpa", sólo que esto atañe a una relación diferente, a la de causalidad entre comportamiento e incumplimiento, pero de ningún modo a la naturaleza jurídica de la moratoria.

Llega así hasta el cuarto tema. ¿Por qué lo elegí? —dice el doctor Gamarra—, porque la jurisprudencia liga el concepto de "culpa" con el de responsabilidad, en particular la responsabilidad mutualista y la responsabilidad médica. Los casos se han presentado cuando por motivos personales de pago de honorarios, un médico se ha negado a prestar ciertos servicios a los asociados de una mutualidad. La jurisprudencia publicada indica que existe responsabilidad contractual pero no encara la situación del médico. La mutualista ha expresado que a ella no puede atribuírsele culpa alguna cuando se encuentra imposibilitada de

cumplir personalmente la obligación, al corresponder al facultativo la de atender al paciente y por tanto cumplir con sus servicios.

Para el autor hay culpa doble, del deudor y del auxiliar. Del deudor porque la mutualista debe responder objetivamente con la obligación de la atención médica, al haberse constituido como garante; del médico porque aun siendo extracontractual su responsabilidad, de cualquier modo la prestación de los servicios que debe otorgar al paciente, es consecuencia automática de cualquier compromiso que haya signado. En situación de incumplimiento por parte de la mutualista, será contra ella la acción de pago de honorarios, pero ello no atañe al acreedor, por tanto no puede exonerarse probando su ausencia de culpa. El médico bajo ningún concepto puede estimarse ajeno, en lo personal, a la obligación contraída por su patrono (si así quiere considerarse) y, por lo mismo, tan responsable resulta como responsable lo es la mutualista que se comprometió a la atención médica del acreedor. En el fondo podrá ser posible una acción de regreso, pero responsabilidad mutua existe y, a juicio del autor, debe estimársele en igual plano que el de la mora.

Santiago BARAJAS MONTES DE OCA

PRATTE, Marie y MONJAL, Elizabeth, "Presomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois", *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 18, núm. 2, 1987, pp. 421-443.

Hacen las autoras un estudio comparativo sobre las nuevas leyes dictadas en Francia y en Quebec (Canadá) sobre la filiación legítima.

En obsequio "a la verdad biológica" estas legislaciones habrían debilitado la rigidez de la presunción *pater est quem nuptiae demonstrat*.

Los códigos tradicionales habrían ocultado la realidad biológica en obsequio al matrimonio considerado por estas legislaciones como la base fundamental de la familia.

"Decir que la filiación verdadera es la biológica es constatar la evidencia de un hecho de la naturaleza, que el derecho se ha demorado en reconocer."

Con el fin de dar cabida a la verdad en el establecimiento de la filiación, estas dos legislaciones han eliminado la presunción de pater-

nidad, cuando el hijo nace después de trescientos días de la disolución del matrimonio. Consideran que el hijo ha nacido fuera del matrimonio, eliminándose con ello la paternidad ficticia.

La presunción de paternidad se descarta hoy en buen número de casos.

En derecho francés se considera en los juicios de divorcio, cuando habiéndose decretado la separación, el nacimiento del hijo ocurre fuera de los plazos que contempla la presunción. No existe idéntica disposición en el derecho de Quebec.

En Francia no se aplica la presunción cuando el hijo es inscrito en las oficinas del estado civil únicamente por su madre. El hijo sólo adquiere "posesión de estado" en relación con ella, sin título alguno con respecto al parto.

En los casos de presunción de ausencia, el artículo 315 del Código Civil (CC) francés dispone que el hijo que nace después de los trescientos días contados desde el desaparecimiento del ausente no se encuentra a cubierto de la presunción. El CC de Quebec nada dice al respecto.

El CC de Quebec regula el conflicto de paternidades en los casos de disolución del matrimonio en el artículo 576. Dispone que si la madre vuelve a casarse dentro de los 300 días siguientes a la disolución, la paternidad del hijo se atribuye al nuevo marido.

En Francia no existe una disposición similar porque la legislación prohíbe a la mujer contraer nuevo matrimonio dentro del plazo de trescientos días contados desde la disolución del primero.

Hacen notar las autoras que tanto en Francia como en Quebec, el marido disponía del "monopolio" de la filiación, porque sólo él podía impugnarla. Hoy la igualdad de los cónyuges e hijos permite descubrir la verdad biológica de la filiación. Ambas legislaciones han otorgado a la madre estas facultades que eran inherentes al marido. Ella puede igualmente impugnar la paternidad y para estos efectos se han ampliado los plazos para el ejercicio de la acción.

En Francia el marido puede impugnar la filiación, entre otros, en los siguientes casos: a) Cuando el hijo nace antes de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio. Esta presunción es muy frágil por haberse concebido al hijo antes del matrimonio. b) Cuando el hijo inicia demanda de reclamación de estado contra su madre, se descarta de inmediato la presunción de paternidad del marido.

La facultad que se otorga a la madre de contradecir la paternidad que la ley atribuía al marido, es acogida con muchas reservas porque involucra la confesión de adulterio.

En Francia la madre puede contradecir la paternidad que la ley atribuye al marido en un solo caso: cuando disuelto el matrimonio la mujer se casa con el verdadero padre del hijo. La acción debe entablarla dentro del plazo de seis meses contados desde el nuevo matrimonio y antes que el hijo haya cumplido siete años de edad. Sólo la madre puede impugnar la legitimidad con fines de legitimación.

Cuando no existe posesión de estado pueden tanto el padre como la madre ejercer la acción general de impugnación; suele ello ocurrir en los juicios de alimentos o de guarda, cuando el vínculo de filiación lo reclama otro hombre que el marido.

En el CC de Quebec se ha suprimido la noción de legitimidad. Esto significa que la legislación admite que se atribuya a su verdadero padre, al hijo cuyo origen no concuerde con la realidad. Rechaza en el fondo las filiaciones ficticias.

Es preciso reconocer, sin embargo, que las nuevas concepciones legales pueden presentar peligros graves para la estabilidad de la familia porque cualquier persona que tenga interés en ello, puede impugnar la paternidad cuando el hijo no dispone de títulos ni posesión de estado de hijo. La jurisprudencia francesa ha acogido estas interpretaciones haciendo uso del sistema pretoriano, pues la ley no las admite en forma expresa.

El artículo 588 del CC de Quebec, admite la impugnación de la filiación de quien no tenga posesión de estado conforme al acta de nacimiento. Esta acción debe ejercitarse dentro del plazo de un año contado desde el nacimiento.

En Francia tanto el marido como la mujer pueden entablar la acción de impugnación de la paternidad. Si coincide la posesión de estado con el título de filiación el resultado será más difícil que si no existe esta coincidencia.

Ya vimos que con el fin de establecer una filiación de reemplazo, puede impugnar la filiación la madre y su amante.

Las actuales legislaciones persiguen establecer la verdad biológica como un nuevo derecho de filiación. La jurisprudencia francesa no ha vacilado en darle eficacia plena a este concepto. Se asegura que tanto en Francia como en Quebec "el imperio de la verdad biológica sobre la filiación, es evidente".

La posibilidad de hacer concordar la filiación jurídica con la biológica permite a los miembros de la familia asumir un estatuto jurídico realmente querido y no impuesto. Cada miembro de la familia puede hoy escoger su propio estatuto jurídico mediante la multiplicidad de

acciones de impugnación que permiten el establecimiento de una filiación verdadera.

En Quebec la paternidad y la maternidad descansan en los vínculos de sangre y el Código Civil intitula el capítulo con el significativo nombre de "Filiación de la sangre". Se fundamenta esta innovación porque la ciencia permite por medio de los exámenes sanguíneos no sólo excluir una paternidad, sino también señalar con cierta seguridad la verdadera.

No obstante lo dicho, es necesario reconocer que existen serias críticas a estos nuevos ordenamientos, porque el principio de la verdad biológica está en abierta oposición con los principios clásicos sobre la filiación y porque tampoco es verdaderamente cierto que la búsqueda de la verdad biológica responda a las exigencias sociales que rigen la vida familiar, pues todavía la institución del matrimonio goza del favor de los legisladores y al suprimir el concepto de legitimidad se priva al matrimonio de uno de sus principales atributos.

Posiblemente en el futuro deberán liberarse más estos viejos conceptos. En efecto, el límite de aplicación de la presunción de paternidad debe modificarse más allá de los trescientos días del fallecimiento del marido en los casos de inseminación *post mortem*.

En cuanto a la inseminación artificial, el CC de Quebec prohíbe impugnar la filiación si ha existido acuerdo previo entre los cónyuges. En cambio, en Francia, si se aplica en forma estricta el principio de la verdad biológica, se puede impugnar la filiación aun cuando el marido la hubiera aceptado.

Los peligros de la aplicación de la verdad biológica pueden derivar en otros peligros. El avance de la biología ha desarrollado métodos de reproducción más desarrollados y complejos. Como por ejemplo, distinguir entre la madre biológica y genética y la que lo desarrolla en su seno.

Concluyen las comentaristas reconociendo la declinación progresiva de la presunción de paternidad.

Lisandro CRUZ PONCE

REYNAUD-CHANON, Marie, "Les souvenirs de famille, una étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille", *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 38, noviembre de 1987, pp. 265-268.

Se estudia en este comentario la posibilidad de reconocer personalidad moral a la familia, con el fin de resolver situaciones preponderantemente subjetivas, que hoy quedan al margen de los sistemas jurídicos familiares.

Se trata de los "recuerdos", "tradiciones" y "*souvenirs de familia*", que en la mayoría de los casos no son valorables en dinero, y que de serlo, se les considera como extrapatrimoniales por los familiares y por lo tanto no adjudicables en particular, a ninguno de los integrantes del grupo parental.

Entre los "*souvenirs de familia*" pueden enumerarse: las escrituras, pergaminos y otros documentos en que consten los títulos, honores y prerrogativas obtenidas por los ancestros; la correspondencia, armas, retratos, pinturas, joyas, instrumentos musicales, sepulturas de familia y muebles, que pueden no ser valiosos pero que tienen para los familiares un extraordinario valor afectivo.

Todos estos objetos llegan, en ciertos casos, a constituir un patrimonio autónomo de carácter familiar. Para preservarlo se han ideado varias hipótesis, todas ellas basadas en la legislación actual, que no se consideran satisfactorias por los comentaristas.

La solución ideal consistiría en dotar de personalidad moral a la familia, la que contaría con un patrimonio propio no realizable que se iría transmitiendo de generación en generación.

A causa del carácter moral que ostentan estos bienes y derechos, algunos autores los clasifican como extrapatrimoniales; otros, entre los derechos de la personalidad.

No es, sin embargo, el criterio que prevalece pues el *souvenir* puede tener un valor material elevado, provocando justificadas dudas a la jurisprudencia y a los comentaristas.

En la práctica, los familiares se ven imposibilitados de adquirir la propiedad exclusiva de estos bienes en las particiones hereditarias, porque conllevan la continuación de personalidades precedentes que seguirán manifestándose en las futuras.

Los autores Perreau, Nerson y otros, los consideraron como "elementos extrapatrimoniales" que se transmiten sucesivamente de familia en familia. Esta doctrina ha sido criticada porque no todos estos *souvenirs* carecen de valor material.

Demogue considera que no puede estimárseles en bloque y que es necesario reconocerles grados y categorías. Las armas, dice, y los decorados se encuentran ligados a la historia de la familia y son, sin duda alguna, los "*souvenirs* familiares ejemplares". Los documentos, escrituras, correspondencia y pergaminos quedarían comprendidos dentro del llamado "culto familiar", calificación que puede no ser homogénea cuando entre estos bienes existan elementos dispares.

Las fotografías y retratos de antepasados o de familiares distinguidos, tienen un innegable carácter afectivo, pero como pueden ser la obra de artistas célebres, su valor material será inestimable y su calificación de *souvenir* puede prestarse a dudas y vacilaciones, en especial en la jurisprudencia, porque es el juez el que en definitiva debe hacer la aclaración. También acarrearán incertidumbre en su calificación las alhajas familiares valorables.

Otros autores consideran que la calificación debe estar en razón directa con la "ligazón" de estos bienes y derechos, a la familia. El tiempo que ha permanecido un bien de esta naturaleza en poder del grupo parental, sería un testimonio elocuente de su carácter de *souvenir*.

La "ligazón" con la familia puede tener un carácter objetivo o subjetivo. El objetivo lo sustenta la jurisprudencia que sólo ve la materialidad de la relación entre el objeto y la familia; pero, si tienen conexión íntima con la historia de la familia, no podría negárseles su carácter de *souvenir*, por la carga afectiva que le han ido otorgando subjetivamente generaciones sucesivas.

La ausencia de fundamentos jurídicos claros en esta materia, ha orientado la investigación de los estudiosos hacia sistemas parecidos a los empleados por los pretores en sus acuerdos.

En primer término han recurrido al artículo 842, párrafo tercero, del Código Civil francés, que tiene alcances muy limitados. Establece esta norma que una vez efectuada la partición hereditaria, deben entregarse a los adjudicatarios los títulos de los bienes individualmente adquiridos y los "títulos comunes a todos los herederos" se darán en custodia, al que éstos escojan, quien actuará como depositario de ellos, con la obligación de mostrarlos cuando los copartícipes lo requieran.

Esta "atribución", aceptada por la jurisprudencia, conduciría a una situación híbrida que participaría de dos sistemas jurídicos: la indivisión y la propiedad individual.

La indivisión sería aplicable a la "sepultura de la familia", entre los integrantes del grupo existiría una especie de copropiedad forzada

y perpetua. Es criticada esta doctrina, porque la indivisión perpetua es contraria al artículo 815 del Código Civil francés.

La independencia que otorga al depositario de los títulos comunes el artículo 842 hace suponer a algunos, que es el propietario único; argumento que es rechazado porque el depósito excluye toda idea de apropiación individual. Se trata sólo de una propiedad familiar indivisa, más bien, de una indivisión forzada. Barbieri califica la situación como "una propiedad indivisa gravada por la afección familiar". La verdadera propietaria de esos bienes, dice, es la familia.

Por la ausencia de textos expresos sobre esta materia, los juristas han pretendido dar una solución técnica a estas modalidades especiales de transmisión de bienes. Demogue en 1928 se preguntaba acerca de si esta propiedad individual podría adecuarse a un sistema colectivo. Otros autores como Weill, Terré y Simler consideraba a los *souvenirs* como "propiedades comunes de interés familiar". Al ignorar el derecho positivo este proceso legal, dicen, hay que darle una solución, adecuando las diversas tesis sustentadas por la doctrina y la jurisprudencia, mientras se reconoce legalmente la personalidad moral de la familia.

Demogue, después de poner en duda la eficacia del sistema de propiedad individual, propicia la "asociación", que sería una especie de solución ecléctica, entre la tesis de la propiedad individual y la colectiva. En efecto, mediante este procedimiento se obtendría la calidad de persona moral perpetua que se persigue, la cual estará integrada por todos los miembros del grupo de propietarios de este patrimonio moral especial.

Otras técnicas propuestas son: "la sustitución" y la "fundación".

El propio Demogue descubre en el mecanismo de las "sustituciones" la solución apropiada; sin embargo, esta posible solución no queda comprendida dentro del cuadro de sustituciones permitidas por la ley.

Barbieri considera que el análisis de Demogue conduce a otra idea: "la fundación". Se trataría de una fundación privada de "afección familiar", dirigida por una o varias personas físicas, miembros de la familia, quienes estarían encargados de cautelar los "*souvenirs* familiares" bajo el control de la comunidad parental.

Sin embargo, los propios comentaristas citados consideran que la solución del problema se encuentra en el reconocimiento de la personalidad moral de la familia.

Savatier ha sostenido en sus comentarios que la familia es un sujeto de derechos y que debe considerársele como persona moral. Los verdaderos dueños del derecho que se ejerce sobre los *souvenirs*, dice, no

son determinados miembros de la familia, sino la familia toda entera, que los posee como familia considerada en conjunto.

En 1942 las opiniones de René Savatier inspiraron un proyecto de ley sobre la personalidad moral de la familia, que no prosperó. Se dijo que la familia de hoy es inestable y que esta inestabilidad se agrava cada vez más.

Nos alineamos, dice la autora, con el pensamiento de quienes sustentan la idea de considerar la personalidad moral de la familia, pues constituirá la mejor garantía del patrimonio familiar.

En México el Código Civil del Estado de Tlaxcala, de 20 de noviembre de 1976, en sus artículos 27, 70-I, 643-V y 721, atribuye personalidad moral a la familia y a la sociedad conyugal.

En el Código de la Familia del Estado de Hidalgo, de 8 de noviembre de 1983, en sus artículos 335 a 343, se considera a la familia como persona moral.

La solución ideal que se sugiere satisface el presente, pero ¿qué ocurrirá en el futuro? Cada vez que se separe del núcleo familiar alguno de sus integrantes formará, sin duda, una familia distinta que tendrá también personalidad moral, ¿cuál de todas ellas quedará subsistente en el tiempo, con autonomía propia especial?, ¿se le irán agregando en el futuro nuevos integrantes y nuevos *souvenirs*?, ¿habrá que volver al mayorazgo o existirá otro sistema de administración y representación más adecuado para esta entidad autónoma de duración ilimitada?

Lisandro CRUZ PONCE

DERECHO CONSTITUCIONAL

BARILLAS MONZÓN, Fernando, "El amparo provisional", *Revista del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, núm. 28, julio-diciembre de 1988, pp. 71-81.

El autor hace un análisis de las disposiciones sobre el amparo provisional en la legislación de la República de Guatemala, contenidas en la *Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad* (LAEC) considerada por amplio sector de la doctrina como una de las medidas cautelares o preventivas, medidas que, según Calamandrei, "están destinadas más que a hacer justicia, a dar tiempo a