

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil. 611

DERECHO CIVIL

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1989, pp. 221-228.

Durante el reinado de Isabel Segunda, el gobierno español decidió dotar de un código civil a la nación hispana; para estos fines, encomendó la redacción de un proyecto de código a un grupo de destacados juristas, entre los cuales sobresalía don Florencio García Goyena, senador del Reino, magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, vicepresidente de la Comisión General de Códigos y presidente de la Sección de Código Civil.

El 30 de abril de 1851 la Comisión envió al Ministerio de Justicia el trabajo terminado.

El Proyecto constaba de cuatro libros y estaba precedido de un título preliminar de diecisiete artículos. El libro primero se refería a las personas (artículos 18 a 378); el segundo a la división de los bienes y de la propiedad (artículos 379 a 547); el tercero a los modos de adquirir la propiedad (artículos 548 a 974), y el cuarto a los contratos y obligaciones (artículos 975 a 1992).

Don Florencio García Goyena hizo publicar en la Imprenta de la Sociedad Tipográfica, en una edición de cuatro tomos el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión de juristas, conjuntamente con los comentarios, concordancias y motivos que tuvieron presentes los redactores y las actas elaboradas por ellos en las que hacían un relato minucioso de las diversas fuentes que utilizaron en la redacción de cada uno de los artículos del proyecto. Esta edición se publicó en el año 1852.

El Proyecto fue enviado en consulta a diversas personalidades; recibió severas críticas de la Iglesia por la intervención exclusiva que se atribuía al Estado en el matrimonio y fue rechazado por los propietarios rurales porque consignaba la abolición de los sistemas forales. Otras personalidades lo impugnaron por su exagerado afrancesamiento.

Dice el autor de este comentario que el proyecto lo envió el gobierno en informe a obispos y corporaciones; las respuestas de los obispos fueron muy duras, pero, al parecer, fue la oposición foralista la más intransigente.

Posiblemente por estas críticas, la reina no aprobó el Proyecto.

Dice el señor Castán que el Proyecto habría pasado al olvido si García Goyena no lo hubiera publicado conjuntamente con los comentarios que contienen la historia, el examen comparado y los motivos de cada

uno de sus artículos. "Estos trabajos se convirtieron en una valiosa fuente para los codificadores americanos."

También los redactores del actual Código Civil español de 27 de marzo de 1889 debieron tomar en cuenta el Proyecto de García Goyena por ordenarlo en forma imperativa la "ley de bases" de 11 de mayo de 1888. En la "primera base" se dejó especial constancia que los redactores debían tomar "como base" el Proyecto de Código Civil de 1851 con las salvedades que allí se indican.

Según el autor, en los países americanos era conocida la obra de García Goyena porque intervino, antes de conocerse su Proyecto de Código Civil, en la publicación de la obra "Febrero", ampliamente divulgada en el continente americano.

Agrega que el redactor del Código Civil chileno, el destacado jurista e internacionalista don Andrés Bello, conocía los trabajos de García Goyena, que habían tenido una extensa difusión en Chile. Su obra habría de llegar a tiempo a Chile para ser consultada por el señor Bello, quien elaboró su Proyecto de Código Civil en 1853 convirtiéndose en Ley sólo en 1855. Confirmaría lo anterior el profesor chileno Pedro Lira Urquieta en sus trabajos sobre la obra de Bello.

En Argentina, don Marcelino Ugarte habría de utilizar la obra de García Goyena para elaborar un Proyecto de Código Civil en 1857-1858, que no se convirtió en ley. Sería, en definitiva, don Dalmacio Vélez Sarsfield quien los aprovechara en la redacción del actual Código Civil argentino. Ello se probaría con las notas colocadas a diversos artículos, donde el autor del Código se refiere a la obra de García Goyena.

México sería el país americano donde la literatura jurídica española habría alcanzado mayor difusión, siendo la obra de García Goyena un útil instrumento de trabajo para los juristas.

En el primer intento de Código Civil elaborado por don Justo Sierra en 1860, la mayoría de sus disposiciones provendrían del Proyecto y concordancias de García Goyena. También en el Proyecto del imperio de 1866 las fuentes utilizadas habrían sido esas.

En Uruguay, el Proyecto de García Goyena figuraría entre las fuentes utilizadas por Tristán Narvaja en los trabajos prelegislativos efectuados en el proceso de la codificación civil uruguaya. En el informe emitido en 1867 por la Comisión codificadora citaban como fuente orientadora de su trabajo, la obra de García Goyena.

En otros países americanos puede apreciarse —dice el autor—, la influencia de García Goyena. Cita al respecto el Código Civil de Costa Rica de 1888 y el de Honduras de 1898.

Hace presente que Colombia, Ecuador y Venezuela adoptaron el Código Civil chileno redactado por don Andrés Bello, quien, como ya se dijo, utilizó en su trabajo la obra de García Goyena.

Termina expresando que en Cuba y Puerto Rico fue adoptado el Código Civil español del año 1889 redactado sobre el modelo de García Goyena.

Concluye el autor recordando que se han cumplido doscientos años desde el nacimiento de García Goyena y expresa en homenaje al destacado jurista que cualquiera que sean los defectos del Proyecto y sus concordancias, ha sido la fuente más utilizada por los codificadores americanos, algunos de ellos de gran renombre, como don Andrés Bello, Vélez Sarsfield y otros.

Lisandro CRUZ PONCE

GRIMALDI, María Rosa, "Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto", *Il Diritto di Famiglia e delle Personne*, Milán, año XVIII, núms. 1-2, enero-junio de 1989, pp. 301-323.

Este artículo vincula dos disciplinas íntimamente relacionadas entre sí: el derecho de familia y la psicología. En este contexto interdisciplinario, Rosa María Grimaldi intenta encontrar soluciones eficaces para los(as) hijos(as) en los casos de conflicto familiar que implican la separación del padre y la madre.

Explica que las transformaciones sociales obligan a adecuar los institutos familiares a los nuevos ritmos de vida, a la igualdad entre los cónyuges y las necesidades afectivas de cada uno de los miembros de la familia. Es por ello, afirma, que los tribunales italianos han dispuesto la posibilidad de una custodia conjunta o alternada de los(as) hijos(as) en los casos de separación conyugal y divorcio. Disposición que debe ser considerada como una "expresión del cuidado que se tiene frente al delicado problema de las experiencias emocionales, y de los aspectos de 'luto' y 'pérdida' al interior de las familias en conflicto". Evidentemente, la resolución que se tome deberá ser siempre ciudando el interés superior del(la) menor.

Grimaldi define la custodia alternada como aquella en la cual el(la) menor es confiado, en forma alternada y por periodos prefijados, a cada uno de los progenitores, quien en ese lapso ejercerá exclusiva e independientemente la potestad parental. Por otro lado, se entiende por

custodia conjunta aquella con base en la cual los hijos mantienen la misma relación con ambos cónyuges.

Señala que la primera, *a priori*, puede ser clasificada como nociva para los menores, pues les exige que periódicamente se adapten y readapten a los hábitos y valores del padre y la madre; les exige que se adapten a espacios, objetos personales, ropa, juguetes, distintos en cada periodo; les exige que en cada etapa modifiquen sus parámetros de cotidianidad. En suma, les exige que adopten o desarrollen dos identidades distintas en lapsos alternados, lo cual, al decir de Grimaldi, favorece el desarrollo de actitudes y conductas esquisoides.

La segunda forma garantiza que los(as) menores crezcan en un sólo proyecto educativo. Sin embargo, yo podría poner en duda esta afirmación ya que, al decir de la propia autora, se requiere de una auténtica compenetración del padre y la madre para atender el interés superior del(la) niño(a), por lo que es de preguntarnos ¿cómo puede existir esta compenetración si, de antemano, existe un desacuerdo tan profundo que motivó la separación y el divorcio?

Es indudable que padre y madre deberían, por encima de sus desacuerdos y conflictos personales, procurar el adecuado desarrollo de sus hijos(as); sin embargo, la realidad apunta, por lo menos en México, hacia otro lado: precisamente hacia ese desacuerdo y ese conflicto que daña a los(as) menores.

Ahora bien, se maneja, en términos ideales, que en la custodia conjunta el acuerdo de los progenitores existe en función de la responsabilidad que una y otro tienen frente al(la) hijo(a), lo cual permite hablar de una adecuada interacción del(al) menor tanto con el padre como con la madre.

De hecho este tipo de custodia es el que priva en nuestro país, pues el hecho de que los(as) hijos(as) vivan con uno u otra no implica que se pierda el poder de decidir sobre ellos(as). Sólo nos confunde un poco la terminología; sin embargo, Grimaldi continúa explicando que esta custodia conjunta puede ser con residencia "privilegiada" en casa del padre o de la madre o con "residencia alternada".

Desde mi punto de vista, esta segunda alternativa no dista mucho de la custodia alternada, salvo en el hecho de que ambos progenitores deciden sobre los intereses del(la) menor.

En algunos casos prácticos he aconsejado esta forma poco usual en nuestro país de atender a los(as) hijos(as) y lo único que se puede decir a ciencia cierta es que no existe una fórmula única de atención al(la) menor. Que cada caso específico necesita de soluciones específicas, situa-

ción que deben tener muy presente los(as) juzgadores(as) al momento de resolver una causa sometida a su consideración.

En los momentos de conflicto familiar cerrar las puertas a cualquier alternativa que permita romper la inercia conflictiva.

De hecho esta es, prácticamente, la primera conclusión que podemos extraer del artículo que reseño.

Sin embargo, coincido con Grimaldi cuando afirma que en estas alternativas debe prevalecer el interés por mantener la relación significativa entre el padre y la madre y los(as) hijos(as), procurando, simultáneamente, proporcionar una base de estabilidad que le permita construir su propia identidad.

Desde la psicología, Grimaldi explica cómo reconocer al(la) “progenitor psicológico”, es decir, aquel considerado por los consultores especialistas como el más adecuado por su disponibilidad y atención a las exigencias de los(as) niños(as), proporcionándoles un punto de referencia estable. Alrededor de esta figura se construye la “custodia conjunta con residencia privilegiada”, a la que ya hice referencia en párrafos anteriores.

Tratándose de adolescentes explica la conveniencia de consultarles sobre el particular. Afirma que en esa etapa conflictiva la participación del(la) adolescente en la decisión sobre su residencia es crucial, pues se salva una posible sensación de marginalidad. Aun desde el punto de vista psicológico, yo pondría en duda ésta y todas las afirmaciones categóricas, pues la conveniencia dependerá de cada adolescente en particular. Para uno podrá ser especialmente desgarrador tener que “escoger” entre el padre y la madre; para otro podrá ser una alternativa indispensable, pues el no ser oído puede ser una “afrenta” intolerable a su individualidad.

Al llegar a este punto, explica las diferencias sustanciales entre este tipo de custodia y la custodia alternada. Son cinco diferencias fundamentales, según la autora, todas ellas resumibles en una: en la custodia alternada *hay* conflicto entre los padres; por tanto, es decidida y regulada por el juez, no existe la posibilidad de participación del(la) menor y no existe flexibilidad alguna en los términos del convenio respectivo. En el caso de la custodia conjunta con residencia alternada no existe tal conflicto.

Para que el juzgador esté en posibilidades de decidir sobre la forma más conveniente, afirma Grimaldi que no sólo debe estar asesorado por un equipo de especialistas, sino que éste equipo esté muy sensible al proceso psicológico de la ruptura conyugal. Ella habla de un “divorcio psicológico”, es decir, el tiempo que se toma la pareja en asimilar su

propia separación, pues sólo después de completado este proceso interno se puede valorar si hay o no, conflicto entre él y la divorciante.

Independientemente de los cuestionamientos que Grimaldi hace para el caso de Italia, válidos por el poco tiempo transcurrido desde la aprobación del divorcio vincular, es importante que rescatemos para México el valor del auxilio de especialistas para éste y para todos los casos de conflicto familiar. Cada vez más, en tribunales, el Ministerio Público es un "obstáculo a vencer" en vez de una persona preocupada por los intereses del(la) menor y, en su caso, de la familia. Cada vez más sus intervenciones en los casos de divorcio obligan a las partes a buscar "salidas" que serán poco respetadas, con tal de no tener la oposición del Ministerio Público.

Este tipo de artículos apunta precisamente hacia el rescate de valores afectivos descuidados tanto en la norma como en su aplicación en tribunales. Son estudios que desde la interdisciplina centran nuestra atención en el único sujeto de derecho real: la persona humana.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

DERECHO CONSTITUCIONAL

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núms. 27-28, 1988, pp. 97-112.

En todo estado de derecho, la soberanía popular no se puede ejercer sino a través de las formas y bajo las condiciones establecidas por el orden jurídico en vigor.

Se parte de la idea de que en el Estado constitucional no puede existir soberano, y el principio de soberanía es un postulado político previo a la misma Constitución.

Se combate el principio de soberanía popular como principio de legitimación del orden y el estado democrático.

El artículo 1-2 de la Constitución española señala que "la soberanía nacional reside en el pueblo español"; aquí se implican dos conceptos distintos: el de soberanía nacional y el de soberanía popular.

¿Se debe atribuir la soberanía a la Constitución o al pueblo?