

204

28j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS CARLOS CHAVEZ G. SANTACRUZ

MEXICO, D. F.



1995

**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi mami, por sus incontables sacrificios y su infatigable lucha que me han permitido llegar hasta este momento.

A mi padre por su constante y comprensible apoyo, por su tacito entusiasmo, que me motiva a seguir siempre adelante y a creer en mí en todo momento.

A Martín y Rodrigo, por su incuestionable y puro cariño, que me hacen ver un futuro esperanzador por el que siempre vale la pena intentar todo.

Dedico este trabajo, a todos mis familiares, especialmente a mis dos hermanos, y a mi tía Leti, que me ha acompañado en los no pocos momentos difíciles en los que la vida nos pone a prueba, y que hemos compartido con sufrimiento. Dedico este trabajo, a todos aquellos que como yo, creen en los ideales; en la vida forjada a base de esfuerzos, sacrificios; en la esperanza de ver en hechos, lo que hoy deseamos. A los que creen en sí mismos, y luchan por sus ideas frente al mundo, y saben resistir el rechazo, para ganar la dignidad propia, y no la de los demás...

LOCOS Y CUERDOS

*Los locos dan festines
y los cuerdos son los invitados
Los locos viven inventando mundos
y los cuerdos en mundos inventados
Los cuerdos crean castillos
y los cuerdos los habitan
Los locos son mitad sueño
y los cuerdos sueño a la mitad
Los locos crean la música
y los cuerdos son los escuchas
Los locos son personajes
y los cuerdos los actores
Los locos son la poesía
los cuerdos quienes redactan
Los locos son la pintura
y los cuerdos sólo pintan
Los viven en muchos mundos
y los cuerdos en la tierra
Los locos se sienten libres
y los cuerdos los encierran.*

Andrea Montiel

Deseo agradecer especialmente a mi maestro, el Dr. Julián Gutiérrez por ser mi guía a lo largo de toda mi carrera, y la principal razón del desarrollo de esta Tesis. Agradezco su amistad e interés en mi realización personal, para lograr este proyecto

Agradezco a la Dra. Leoba Castañeda, por su invaluable ayuda, y la confianza que me brindó.

Quiero agradecer al Lic. Feher su amistad, su paciencia y comprensión, para la realización de este trabajo.

De igual forma agradezco a todos mis amigos, especialmente a Juan Carlos Cuervo, por su incuestionable apoyo, y quien me ayudo a abrir las puertas, que a veces encierran nuestros proyectos. Agradezco a Karinka López Portillo, su infatigable preocupación por mí, y su amistad, que tan cerca de mí, siento.

INDICE

PROLOGO	1
----------------	----------

INTRODUCCION	4
---------------------	----------

CAPITULO PRIMERO LA FAMILIA

I. CONCEPTO GRAMATICAL Y ETIMOLOGICO DE FAMILIA	12
II. LA FAMILIA COMO UNIDAD ECONOMICA	14
III. CONCEPTO JURIDICO DE LA FAMILIA	18
IV. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO JURIDICO DE FAMILIA	20
V. GENESIS Y DESARROLLO DE LA FAMILIA	33
a.) La Gens Iroquesa;	46
b.) La Gens Griega;	49
c.) La Familia Nómada;	51
d.) La Familia Celta y Germana;	51
e.) La Familia en los Pueblos Orientales;	53
f.) La Familia en la Edad Media.	56
V. Clasificaciones Tradicionales de la Familia	57
La evolución de la Estructura Familiar	67
VII. FUTURO DE LA FAMILIA ANTE LOS NUEVOS RETOS EMERGENTES	77

CAPITULO SEGUNDO ANTECEDENTES DEL DERECHO FAMILIAR

I. NOTICIA HISTORICA SOBRE GRECIA	91
II. NOTICIA HISTORICA SOBRE ROMA	99
III. COMENTARIOS AL CODIGO NAPOLEON	106

IV. DESARROLLO HISTORICO DEL DERECHO FAMILIAR EN EL MUNDO ANGLO-SAJON	109
V. RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO FAMILIAR EN MÉXICO	129
VI. DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	140
VII. NACIMIENTO Y EVOLUCION DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	146
VIII. NOTICIA SOBRE LA DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO	157

CAPITULO TERCERO DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

I. CONCEPTO DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	166
a.) Definición del Derecho Familiar Internacional	167
b.) Análisis de los Elementos de Derecho Familiar Internacional	169
c.) Clases de Derecho Internacional y Diferencias entre ellas.	171
II. ENFOQUE DEL DERECHO FAMILIAR Y DEL FAMILIAR INTERNACIONAL EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES	173
a.) Desarrollo del Derecho Familiar Internacional en los Movimientos Americanos	175
b.) Tratamiento del Derecho Familiar Internacional en la Organización de Estados Americanos (O.E.A.)	182
c.) Panorama Contemporáneo del Derecho Familiar Internacional en América Latina	186
d.) Enfoque del Derecho Familiar Internacional en la Organización del las Naciones Unidas	191
e.) En los Acuerdos entre naciones.	203

CAPITULO CUARTO DEFENSA DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

I. PRINCIPIOS Y JUSTIFICACION DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	211
---	------------

II. ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LAS DECLARACIONES Y CONVENCIONES ADOPTADAS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DESDE 1948 EN EL SENO DE LAS NACIONES UNIDAS QUE DAN SUSTENTO AL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	224
III. PROSPECTIVA DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL	243
IV. PROPUESTAS GENERALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS MINIMAS QUE RIJAN LAS RELACIONES FAMILIARES	255
V. SUGERENCIAS PARA LA INSTITUCION DE UN SUPREMO TRIBUNAL INTERNACIONAL QUE CONOZCA DE ASUNTOS FAMILIARES.	269
CONCLUSIONES	278
BIBLIOGRAFIA	294

PROLOGO

No es fácil iniciar un estudio sobre un tema poco analizado. Algunos lo ven con apatía; y otros a pesar de sus conocimientos, niegan de la materia. Hemos creado argumentos, fundados, en diversas investigaciones. Desde su inicio, teníamos la firme convicción de estar evidenciando algo existente; vivo desde hace mucho tiempo, que por terquedad o ignorancia, no se había descubierto y actualizado: **EL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL.**

La familia, le da sustento y contenido; por lo cual no podemos referirnos a ella como un tema aislado siendo, necesario ubicarla en el nivel internacional que debe tener, para darle el enfoque adecuado a la problemática del mundo, en el que vivimos.

Basta abrir las páginas de un periódico, oír lo que a nuestro alrededor ocurre, para darnos cuenta de los cambios en todos los ámbitos de nuestras vidas; la familia, no está exenta de estos sucesos, pero requiere ser tratada jurídicamente, según las exigencias actuales. Deben actualizarse las disposiciones legales. Responder a las interrogantes olvidadas; que por mucho tiempo se han dejado de lado, debido al miedo o al desinterés. No es posible seguir esperando que las efectos nocivos del presente, no sean combatidos por una familia fuerte, vigorizada, que responda a las

necesidades que el hombre busca satisfacer en ella y que realmente se vea, como la base de la sociedad.

En un mundo globalizado, resulta difícil entender por qué no se ha situado a la familia en ese mismo contexto. A lo largo de ésta investigación, fué sorprendente la dificultad para acceder a la información sobre el tema; así como la resistencia de los estudiosos de la ciencia jurídica, para aceptar la existencia del Derecho Familiar, y la importancia que tiene.

La superficialidad con que se tratan algunas materias, suponen la falta de entendimiento del mundo en que vivimos. Las falsas corrientes actuales, son modas jurídicas, que en ocasiones hacen a los investigadores, versar sus trabajos sobre temas inconexos e irrelevantes, dejando de lado lo verdaderamente importante.

La familia se debe ubicar hoy en el plano que siempre debió ocupar. Basta de dar vueltas al asunto. No podemos solapar que los Estados escapen a sus compromisos y no le den la relevancia que tiene. Todos los instrumentos existentes dan muestra clara de la necesidad de crear una normatividad internacional conjunta para la familia. Los innumerables retos emergentes que surgen día a día en el mundo, han creado conflictos que no pueden ser resueltos por separado; es necesaria la colaboración mundial, y del ímpetu de todos, para preparar soluciones eficaces.

El Derecho familiar Internacional, es una realidad. Es un intento por volver a dar cauce al mundo y ocuparnos de lo trascendente, de lo humano, del hombre, en una palabra de la familia. Si ella, muere como institución, el mundo perecerá con ella. Los efectos del debilitamiento de la familia nos han llevado a situaciones peligrosas, que no permiten dar marcha atrás, y exigen la consideración de todos para empezar a actuar. Los buenos deseos son bienvenidos, pero los buenos actos son ya exigidos. La familia no es un capricho de algunos, por lo que todos sin excepción, estamos involucrados en esto, y tenemos una tarea específica.

Luis Carlos Chávez Santacruz

INTRODUCCION

En el desarrollo de este trabajo, hemos tratado de seguir la línea que nos ha marcado la historia de los movimientos jurídicos del hombre, en su afán por normar las relaciones familiares.

Hemos buscado no alejarnos de la objetividad y de la realidad que ha operado sobre las situaciones jurídicas que estudiamos, por lo que en cada tema tratamos de establecer un concepto, un análisis de los elementos que este posee, un breve repaso de su desarrollo para localizar sus antecedentes, y una revisión de la situación que guarda hoy día tal definición.

El tema de nuestro trabajo tiene palabras claves en el desarrollo que llevamos a cabo. Primero, nos abocamos al estudio de la familia, luego de la implicación jurídica que ésta tiene, y finalmente la situación internacional que guarda.

En el primer capítulo analizamos el concepto de la palabra. Estudiamos el concepto etimológico, encontrando la procedencia de la familia, en su raíz lingüística y las deformaciones que ha sufrido. Seguidamente establecimos un concepto gramatical, para entender la acepción de la palabra en el uso cotidiano.

Una vez aclarados estos conceptos, tomamos el significado sociológico de familia, el papel que esta institución juega dentro de la sociedad y, la

Derecho Familiar Internacional

postura de los estudiosos de esta materia, para ubicar a la familia en su nivel social correspondiente. Identificando en este punto la preponderancia de la misma, y los efectos directos que ejerce sobre el individuo como parte de grupo al que pertenece.

Hemos tomado, después, un aspecto importante hoy día, que refiere al juego de la familia en la economía y la importancia de esta institución en la cadena de producción; mirando sistemas como el de la micro-empresa, la autosuficiencia familiar, o el papel de la mujer dentro de la actividad económica de la institución.

Partiendo de estos elementos, el tema siguiente se ocupa del concepto jurídico de familia y las implicaciones que este tiene, tales como clases de parentesco, fallas legales, y algunas aportaciones a considerar para su inclusión en las normas.

Dios un breve paso por las distintas etapas, en la vida de la familia, tomando en consideración diversos pasajes en su desarrollo como el que presentan las Gens Iroquesa y la Griega, tratando de identificar sus características y los grados de parentesco que estas mantenían. Igual desenvolvimiento hicimos con la familia nómada, la Celta y Germana, la familia en los pueblos orientales y, finalmente en la Edad Media. Posteriormente, con tal desarrollo histórico, tratamos de ver algunas clasificaciones sociológicas de la institución familiar, que han sido consideradas por la ONU.

Derecho Familiar Internacional

Lo anterior nos permitió dar un repaso general de la evolución de la estructura familiar, pero sobre todo plantear un posible escenario de la misma en el futuro, tomando en consideración el surgimiento de los retos emergentes, a los que se enfrentará la familia, en un mundo desordenado.

En el segundo capítulo de esta investigación, hablamos de los antecedentes del Derecho Familiar. Situando los primeros vestigios desde los tiempos helénicos, con la existencia de la *polis* griega o de cualquier agrupación que se asemejase, en aquellos momentos, a la estructura del Estado. Pasamos por la siempre considerada Roma, sin dejar de observar los aspectos del imperio, y el trato que los extranjeros recibían en el sistema jurídico imperial hasta la decadencia del mismo, hecho que nos lleva a observar la influencia del catolicismo, el Derecho Familiar; pasando por un breve repaso de los tiempos germánicos y la Edad Media, arribaremos a tiempos de la Revolución Francesa, siendo mas específicos, a los aspectos que presenta el Código Napoleón.

Agregando a esto, la tercera palabra que contiene el título de nuestra Tesis, empezamos a abocarnos al Derecho Familiar Internacional, situando en esto, las primeras manifestaciones expresas que este rama jurídica, retrotrayendo sus antecedentes, a la convivencia entre pueblos de distintas nacionalidades, y resaltando su vertiginoso desarrollo desde la creación de los organismos internacionales.

Seguidamente hemos destacado la importancia de la Declaración Universal de los Hombre y del Ciudadano, de 1948, por la relevancia que esta ha tenido sobre la materia en cuestión, haciendo mención expresa de algu-

Derecho Familiar Internacional

nos de los principios que defiende y dan sustento directo al Derecho Familiar Internacional.

Como puntos de relevancia importante, hablamos del desarrollo del Derecho Familiar, tanto en México como en los Estados Unidos, para mas adelante poder ver los efectos del desarrollo del internacionalismo de nuestra materia.

El capítulo tercero se centra solo en el Derecho Familiar Internacional. Asentando el concepto de Derecho Familiar y Familiar Internacional, explicando los elementos de tales conceptos y las implicaciones que estos tienen. Una vez hecho lo anterior, haremos una comparación entre los Derechos Internacionales Público, Privado y Familiar, situando las diferencias entre ellos.

Es importante ver el desarrollo de la rama jurídica que estudiamos a través del tiempo y del enfoque que se la ha dado en las diferentes organizaciones internacionales, lo cual nos dará un sustento fuerte en la afirmación de la existencia del Derecho Familiar Internacional.

De igual forma, hemos revisado tal desarrollo en los movimientos americanos, haciendo especial comentario a las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, y dentro de ellas, al Código Bustamante, el cual fué un intento importantísimo para crear un ordenamiento común de diversos temas de materia Civil y Familiar; como consecuencia lógica, la O.E.A. hace su aparición, y en dentro de ella estudiamos el desarrollo del Derecho Familiar Internacional. Tomando un grado de internacionalización

Derecho Familiar Internacional

mas amplio, enfocamos el estudio del Familiar Internacional, en las Naciones Unidas, viendo los principios contenidos en la Carta de Constitución de la organización; terminando la parte histórica, con la revisión al tratamiento que los Acuerdos entre naciones le han dado al Derecho Familiar Internacional, en forma bilateral o en congresos realizados por organizaciones no gubernamentales.

Redondeando el trabajo que iniciamos, debemos afirmar la autonomía del Derecho Familiar, no como una rama nueva, sino mostrando cuales son las particularidades que le dan vida propia y lo hacen una rama diferente a la pública y a la privada; al dejar esto claro, hemos hecho lo propio con el Derecho Familiar Internacional, justificando su existencia y su fundamento en los instrumentos internacionales realizados a lo largo de la historia por el hombre.

Hicimos un análisis de los principios contenidos en las declaraciones y convenios adoptados por la comunidad internacional. Estos preceptos destacan la importancia de la familia en la vida de la sociedad, y establecen la obligación de los Estados de proteger a la familia y el compromiso de las Naciones Unidas de dirigir los programas de ayuda y cooperación internacional para realizar esta labor.

La importancia de la familia se destaca en todos los niveles de convivencia del hombre, y en todas las etapas de su vida, el estudio que realizamos de prospectiva no permite evaluar su pasado y futuro, para plantear un posible futuro, esto con la intención de semblantar diferentes solucio-

Derecho Familiar Internacional

nes a los problemas de hoy para que este futuro, que estamos planteando, sea mejor y sea realizable.

Como puntos finales de nuestra tesis, hemos propuesto una serie de normas mínimas, para que rijan las relaciones entre las familias. Estas como directrices generales que estén en vigencia internacionalmente, para evitar los conflictos entre ciudadanos de distintos países en asuntos familiares. La idea planteada persigue un interés supranacional, para ver a la familia como una institución de igual calificativo y preponderancia, guiadas por la buena voluntad de los Estados, para restituir el orden social empezando por la célula mas pequeña, y abarcando el nivel mas amplio de su actuación.

Las normas que proponemos, y las que ya existen a nivel internacional en algunos de los instrumentos que analizamos anteriormente, necesitan de un órgano supranacional que vigile su cumplimiento, y que contribuya con políticas generales de protección a la familia. Un órgano que nosotros hemos llamado Supremo Tribunal Internacional Familiar, que tendrá la aptitud de hacer valer sus decisiones de última instancia, y obligar a los Estados a poner en vigencia dentro de sus legislaciones locales, los compromisos internacionales que han contraído.

La existencia de una verdadero Poder Judicial Supranacional Familiar, será la solución mas apta para resolver los problemas de la familia, el mundo tendrá una base mas sólida en su estructura social y, los casos de abusos y violaciones a los derechos humanos, podrán ser combatidos con toda eficiencia.

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA

Estudiando la concepción de la familia encontramos diferentes acepciones, pero a pesar de éstas siempre tenemos un común denominador en todas ellas, que aluden a un conglomerado humano, base constitutiva de toda sociedad.

La familia es génesis y punto de partida para hablar y fundamentar la existencia, la vida y la formación de todo estudio histórico y antropológico. Como humano mismo, no se puede dejar de lado este importantísimo precepto, que nos hace trascender en el tiempo y establecer bases, que siendo cambiantes, son herencia que posterga la manera de ser, la explicación fundada de las generaciones posteriores.

La familia es la unidad fundamental de la sociedad, y por ende de cualquier civilización; le han llamado acertadamente la célula social por excelencia, y es la incubadora de la relación interindividual. Pero la importancia no se acaba en la generación del individuo y de su consiguiente conducta y manera de ser, es también el esquema que da origen a organizaciones y superestructuras, que homologan el organigrama de la familia, tratando de seguirlo para darle coherencia y efectividad a la actividad que pretenden desempeñar; como ejemplo tenemos el concepto de hegemonía, o de familia de naciones, ambos ilustrativos de la estructura familiar a ni-

Derecho Familiar Internacional

vel más amplio y reconocidos por estudiosos del ámbito de las relaciones internacionales.

I. CONCEPTO GRAMATICAL Y ETIMOLOGICO DE FAMILIA

Familia: proviene del latín familia; derivando de famulus , que refería al sirviente, esclavo. En el siglo XII adopta la significación de parientes que forman un grupo.¹

Ampliando el concepto etimológico, la procedencia de familia, de famulus, era una referencia a la persona sumisa, obediente, por lo que se aludía a los sujetos o siervos de una casa; otra acepción era la de un número determinado de personas que viven en una casa bajo el mando del señor de ella; este concepto encerraba las ascendencias, descendencias y parentela, sin dejar de incluir el caudal de bienes que la familia poseía.

También podía indicar el nombre de una secta, o de una escuela familia Peripateticorum : la secta de la escuela de los Peripatéticos; indicativo del grupo de habitantes de una misma casa, Ducere familiam : estar al frente de la familia.

Se referían también a la familiaridad -familiaritas- como a la intimidad o a la amistad; o a lo familiar -familiaris- como lo perteneciente a la familia, al amigo, al confidente familiar.²

Hablando de la concepción gramatical de la familia, es pertinente aclarar que tal idea se presta a una diversa gama de acepciones y de usos, que hacen depender lo que enuncian, a una serie de circunstancias particu-

¹ CORRIPIO, FERNANDO. Diccionario Etimológico. Edit. Bruguera. 3ª ed. Barcelona, España. 1984.p. 196

² BERNINI, FERNANDO. Diccionario de Latín p.206

Derecho Familiar Internacional

lares, y tendientes a lograr identificaciones religiosas con la institución de la familia. En tal orden de ideas, nosotros tomamos un punto de vista sociológico, que pretende dar regularidad a la idea que de familia se debe tener.

Encontramos como punto de vista aglutinador y sobre todo, mejor representante de la postura sociológica a Heriberto Spencer. Este autor entendía a la familia, como el conjunto de personas que emergen del hecho de la procreación, el hecho sexual. Cabe señalar que solo se distingue el acto natural como generador de la familia y solo después de analizar el concepto jurídico, añadiremos otra circunstancia que los sociólogos no observan, pero que redundará hoy día, en cuestiones directas sobre efectos de la familia.

A pesar de la diferencia en los tiempos, Spencer observó la continuidad de la familia; la sociedad es siempre una consecuencia de las mismas, por tal motivo, variará en algunos matices, en algunas formas, pero siempre la agrupación de individuos, se ha dado en base a la familia, la sociedad por tanto es contemporánea al hombre y la más simple organización social, supone un pequeño número de familias que viven juntas, en su propio territorio y en continuo contacto, amistoso u hostil, con otros grupos sociales³. Pero estos vínculos no solo pueden ser por cuestiones de parentesco, para mantenerlo unido el grupo, los extranjeros podrían ser incluidos en él y caracterizados en términos de parentesco.

³ RUMNEY, JUDAH. SPENCER. Edit. Fondo de Cultura Económica. México D.F., México. 1978. p. 112

Derecho Familiar Internacional

Debe mirarse que desde sus principios, la sociedad, fué más amplia que el grupo parental; se puede aducir que la sociedad o el parentesco, tienen prevalencia uno sobre el otro, esa discusión puede enredar el panorama y crear una disyuntiva que haga caer a los estudiosos, en un laberinto sin salida, pero lo que si podemos afirmar, es que la consecuencia de una u otra redonda en la otra, y el parentesco se vuelve en una expresión de la sociedad, la cual a la vez es una consecuencia del parentesco.

De tal deducción, el parentesco reflejaría una expresión de cohesión social, pues solo desde esta postura se puede concebir la conservación de la cultura humana, del lenguaje y de la tradición.

Terminamos esta idea conceptual del término familia con lo asentado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y que retomaremos cuando hablemos de la relación entre familia y Derechos Humanos, tal documento en su artículo 16 párrafo 3º dice: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad...los hombres y las mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia" ⁴.

II. LA FAMILIA COMO UNIDAD ECONOMICA

Otra consideración importante que no debemos dejar a un lado es la ubicación de la familia, como punto aglutinante de la actividad económica. En todas las teorías económicas, tenemos como centro, las economías do-

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de Diciembre de 1948. O.N.U. Artículo 16, prfs. 1º y 3º

Derecho Familiar Internacional

místicas, las cuales aportan el ingreso, y son las que reciben en la última etapa el consumo.

Con la importancia creciente que ha tomado la rama económica en la vida de las relaciones entre los Estados, la familia no puede guardar una actitud pasiva. La institución familiar precede a la formación normativa al respecto. La realidad jurídica se adecúa a la realidad social, en ese rubro es donde la familia adopta un perfil de acuerdo a la nueva problemática y responde a la nueva necesidad que impone el mundo actual.

En tal sentido, la familia, vista como unidad económica, es la base de la economía mundial. Sus miembros contribuyen a la economía, ya se dedican a limpiar zapatos en las calles de Lima, a dirigir una granja lechera, propiedad de la familia durante varias generaciones en la región central de México, o dirigiendo una gran empresa industrial. En un sentido más amplio, la familia proporciona a sus miembros apoyo afectivo, financiero y material, capacitando y motivando a los hijos, para que al llegar a la edad adulta sean miembros productivos de la sociedad.

Si bien el vínculo entre la familia y la economía, ha seguido siendo importante en los últimos años, la unidad familiar en sí ha experimentado un cambio espectacular. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, de 1950 a 1977, la tasa de natalidad dentro del matrimonio descendió en cerca de la tercera parte; la tasa de divorcios aumentó en más del doble; la incorporación de mujeres casadas y con hijos pequeños a la población

Derecho Familiar Internacional

activa, aumentó en más del triple, y casi se triplicó el porcentaje de hogares cuya cabeza de familia es una mujer con hijos a cargo.⁵

Las tendencias mundiales muestran que en gran medida, el trabajo en la industria está sustituyendo al realizado en el ámbito familiar. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, entre 1950 y 1970, el porcentaje de personas que trabajaban en la agricultura en los países en desarrollo en Asia y el Pacífico, descendió del 79.5% al 66.6%, mientras que el empleo en la industria, casi se duplicó.

Las nuevas tendencias, se preocupan por promover la familia en cuanto a empresa creadora de ingresos, para estimular su estabilidad económica en todo el mundo. Tales empresas son cruciales para la supervivencia de la familia, especialmente en los países en vías de desarrollo y con familias pobres y cuyos jefes son mujeres. Los créditos, la asistencia técnica, la capacitación y la utilización de asistencia cooperativa y de comercialización, pueden alentar a las familias a ser independientes, respecto al desarrollo de sus propias empresas.

Por ejemplo, los ambulantes, las tiendas de comestibles, los mercados, etc. Pequeñas empresas que representan entre el ochenta y noventa por ciento de la actividad comercial e industrial, llevada a cabo en las ciudades y pueblos de los países en desarrollo. Suelen ser de propiedad familiar, se insertan en el marco doméstico y dependen de los miembros de la familia, en cuanto a capital y a mano de obra.

⁵ BECKER, GARY S. A Treatise on the Family. Edit. Harvard University Press. Cambridge, E.U.A. 1981, p. 367.

Derecho Familiar Internacional

La mujer desempeña un papel importante y se está convirtiendo cada vez más, en el sostén económico de la familia. En el mundo, aproximadamente, uno de cada tres hogares, tiene por cabeza de familia a una mujer. Sin embargo, viven frecuentemente en la pobreza. Más de la mitad de la población femenina mundial, habita en zonas rurales de los países en desarrollo; muchas de ellas son pobres, carecen de instrucción y tienen muy pocas calificaciones profesionales.⁶

En el mundo, siete de cada diez pequeños empresarios, son mujeres, en las zonas rurales de Africa y Asia, por ejemplo, el 80% y el 60%, respectivamente, de los alimentos que consumen las familias, es cultivado por mujeres, que llevan los excedentes al mercado.⁷

No sólo en los países en desarrollo existen pequeñas empresas. En Estados Unidos de América, donde una recesión ha disminuido la actividad económica y el promedio de ingresos reales semanales se ha reducido en más del 23% desde 1969, para hacer frente a los gastos del hogar, se requieren ahora las aportaciones económicas de dos miembros de cada familia, cuando antes bastaba la de uno. El aumento de la pobreza en los barrios céntricos de las ciudades de Estados Unidos de América, ha propiciado el establecimiento de pequeñas empresas, como solución al elevado nivel de desempleo y al creciente número de beneficiarios de los servicios sociales. Algunos proponen el desarrollo de microempresas, para ayudar a rescatar los barrios céntricos de las ciudades. Las microempresas tienen menos de cinco empleados (generalmente miembros de una misma familia),

⁶ Familias en Transición. Edit. Federación Internacional para la Economía Familiar. O.N.U. Ginebra, Suiza. 1989, p. 137.

⁷ *Ob. cit.*, p. 139.

Derecho Familiar Internacional

están financiadas con menos de cinco mil dólares estadounidenses, y se insertan en el ámbito doméstico.⁸

La mayoría de las microempresas, suelen encontrarse en los sectores del comercio al por menor y de servicios, como los domésticos, lavado de automóviles, contestación telefónica y venta de ropa y accesorios. El programa concede créditos a los beneficiarios, y estimula una mayor autosuficiencia, autoestima, autonomía y apoyo⁹. Un modelo prometedor, que motiva a los participantes mediante la utilización positiva de presión por parte de sus iguales, disciplina, trabajo arduo y mejores condiciones de vida.

Nadie escapa de este proyecto, tanto países desarrollados cuanto países pobres, comparten el objetivo de ayudar a éstos a ganarse la vida y sostener a sus familias. En vez de fomentar la dependencia, el modelo de empresa comercial pequeña, estimula la iniciativa y la autosuficiencia, para conducir a la independencia económica de familia y del Estado.

III. CONCEPTO JURIDICO DE LA FAMILIA

Es una verdadera falta por parte de los legisladores, que en el Código Civil vigente del Distrito Federal (México), en su parte reguladora del Derecho Familiar, no exista alguna definición clara de familia. Esta institución metajurídica, deja en entre dicho su existencia, al verse carente de

⁸ Progressive Policy Institute. Edit. Policy Report. No. 10. New York, U.S.A. 1991

⁹ La Familia. Boletín sobre el Año Internacional de la Familia, 1994. No. 4. Edit. Oficina de las Naciones Unidas. Secretaría del AIF. Viena, Austria. 1992 p. 1

Derecho Familiar Internacional

sustento que la delimite, y que le de consistencia y personalidad propia. Quizás el temor de afrontar la realidad, en el momento de legislar, o cuando se han podido modificar los códigos, han negado a la familia la personalidad jurídica que esta requiere, para dotarla de presencia y de eficacia. Tema que abordaremos con más profundidad, una vez que nos adentremos en el mundo jurídico, del Derecho familiar.

El concepto de familia en el ámbito jurídico es "la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación"¹⁰.

No sabemos si por lo estrecho en el criterio de los estudiosos del derecho, se deba constreñir a la familia a un vínculo jurídico, es decir si para que la familia exista es necesaria la ley. De otra foma se ve con dificultad como se podría identificar a la institución familiar con algo escrito y estrecho; lo que tatamos de decir con esto, es que todos los conceptos jurídicos desconocen la primacía de la familia y su pre-existencia de esta a la ley, razón ridícula para circunscribirla a los vínculos jurídicos, por lo que pensamos que nuestra condición de juristas no nos debe obtaculizar la visión de las cosas que nos lleve a desconocer casos importantes como la unión de hecho.

Para el Código Familiar de Hidalgo, la familia según el artículo 1º: "...es una institución permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad que habi-

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo XI. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1960 p. 992

Derecho Familiar Internacional

tan bajo el mismo techo"; en su artículo 2º agrega: "Se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y el Estado".¹¹

En esta última concepción, podemos apreciar el adelanto que se tuvo al momento de relizar la normalidad enunciada; la actualización de la misma lleva a reconocer situaciones que deben ser contempladas por la ley, de otra manera estaríamos pretendiendo que en fundamento a la ley se debe formar a la familia, y no que en principio a ésta se cree todo precepto social, y es en base a ella que se debe de legislar y conceptualizar jurídicamente

IV. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO JURIDICO DE FAMILIA

La tesitura en que las escuelas, social y jurídica, tratan a esta institución, nos permite adentrarnos en el estudio de la familia dentro del mundo legal. De la prevalencia y resonancia que de los elementos de la concepción se tengan, derivaran las consecuencias y la eficacia de los pasos, para proteger, avivar, y estudiar con certidumbre, la institución de la familia.

En tal orden de ideas, sería una falta dejar de observar capítulos enteros, sobre las implicaciones jurídicas que tienen tales elementos; no sería un estudio bien realizado, dejar de contemplar los efectos metajurídicos;

¹¹GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edit. Litográfica Anselmo. 8º ed. México D.F., México 1984. pp. 24-25

Derecho Familiar Internacional

pero nosotros nos abocaremos a revisar simplemente los elementos e implicaciones inmediatas, que el concepto sugiere. Las consecuencias se elevan en mucho a tan somera enunciación, pero con los capítulos subsecuentes y con la problemática social tan alarmante en el presente y tan aterradora en un futuro, los cuales se han dejado expresados claramente en los foros internacionales (1994 Año Internacional de la Familia por Naciones Unidas, la Conferencia del Cairo, o simplemente la preocupación en México que se refleja en el promocional de la campaña presidencial de Ernesto Zedillo Ponce de León del "Bienestar para tu Familia") se pueden dilucidar, las repercusiones tenidas y las faltas en que se ha incurrido, por no haber tomado medidas claras.

Sobresale en primer término, la institucionalidad de la familia. No se deja a un lado el papel cierto y creíble, que da estabilidad y continuidad a esta conjunción de personas. Al reconocerle el carácter institucional, estamos enunciando que responde a reglas, usos en su formación, no desconocidos con un comportamiento uniforme en el momento en que se presentan.

La institución tiene organicidad y, vida propia. La familia goza de ella, pero el tratamiento que se le ha dado en las legislaciones, no ha respondido a una realidad, que no deja espacios para negarla. Por tal razón, el Código Familiar de Hidalgo de México, la dota de personalidad jurídica propia.

Crea, la misma preceptuación jurídica, un matrimonio como acto solemne, contractual e institucional (art. 12º), que no deja al arbitrio de la

Derecho Familiar Internacional

voluntad de las partes, ni de juzgadores, la aptitud para reconocer o no, la personalidad jurídica de la familia. Tal precepto dicta : "El matrimonio es un acto solemne, contrafactual e institucional:...II Es un contrato de Sociedad civil, porque hay consentimiento de los futuros esposos en relación aun objeto: los bienes.

Esta idea se ve reforzada con la adopción de las disposiciones relativas al contrato de sociedad, que se establecen en el ordenamiento jurídico respectivo. Sin embargo la tibieza con la que el Código Civil para el Distrito Federal, niega esta idea, deja muy amplia y sin efecto, la consecuencia básica de la constitución de una sociedad, que es crear una persona jurídica colectiva o moral como la llaman por ejemplo autores como Ferrara. Esto lo dicta la regla del artículo 183^o: "La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad."¹²; esta disposición, altera la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, pues habla de las capitulaciones matrimoniales, como preceptos prioritarios para regir la sociedad conyugal, olvidándose del carácter de orden público, que son puntos torales de la rama en cuestión, las cuales no pueden ser alteradas ni dejadas al arbitrio de las partes.

Cabe señalar que estamos hablando solo de uno de los medios generadores de la familia: el matrimonio; pero ahondamos un poco, por ser el mas importante y común, de los que consagran las leyes.

¹²Código Civil para el Distrito Federal. Edit Porrúa. 60^o ed. México D.F., México 1992. art183^o, p. 79.

Derecho Familiar Internacional

Un acierto más en este sentido, lo tiene el Código Familiar de Hidalgo, el cual en su artículo 66^º claramente somete a las reglas del contrato de Sociedad Civil, en una primera instancia, al matrimonio: "La sociedad conyugal se regirá por las reglas del contrato de sociedad civil."¹³; es importante destacar que el precepto citado, habla del traslado de dominio de los bienes a la sociedad conyugal, como un avance importante que cobra realidad en dicha legislación.

Más adelante la citada ley, dedica un capítulo entero para dotar a la familia de capacidad jurídica. El capítulo vigésimo sexto es claro, lleva por nombre "...De la personalidad jurídica de la Familia"; en el primero de los artículos que éste contiene, se obliga al Estado (autoridades) a reconocer la personalidad jurídica¹⁴. No como un atributo del cuerpo administrativo, sino como derecho inalienable que adelante abordaremos, respecto a la familia y los derechos humanos.

Como persona jurídica colectiva, la familia debe tener un representante que ejerza los derechos de la misma, cuando cualquiera de sus miembros, o la persona moral en sí, deba hacer frente a derechos y obligaciones. El Código Familiar de Hidalgo, en su artículo 337^º, permite como representante de la familia, al miembro que de ella escojan, quienes la componen.

Completando la frase de la definición, analizada para estudiar los elementos de la familia, debemos agregar a la institución, su carácter de social, permanente y natural, y de otra manera, hablar de institución a se-

¹³Legislación Familiar del Estado de Hidalgo, art. 66^º, p. 35

¹⁴Ob. cit. art. 335^º, p. 69

Derecho Familiar Internacional

cas, sería cometer el error que adujimos, han caído las normatividades que criticamos.

A partir de los años sesentas, en los sistemas legales de los países industrializados de Occidente, existe un movimiento de protección a la familia, sin parangón. Los programas de protección social, son ejemplo claro de ello, por lo que la actividad estatal ha sobrepasado al derecho familiar, lo cual ha causado como efecto y debido a la importancia de la familia, numerosas reformas que abarcan otras ramas de derecho; no obstante nuestra postura de respetar la autonomía del derecho familiar como tal, es importante señalar la trascendencia de la familia como institución social, y las repercusiones que ésta guarda, al volverse causa y efecto, de la actividad administrativa.

A través de otras áreas político-administrativas, el cuerpo gubernamental, con sus programas de asistencia, de seguridad social, o de gravámenes extraordinarios en cotidiano pago de impuestos, se han aumentado los contactos entre el Estado y la vida diaria de la familia, y el mismo se ha visto en la necesidad de asumir algunas funciones, que formalmente eran desempeñadas por la familia. Basta observar las oficinas de ayuda en los Estados Unidos de América, o algunos países europeos.

Definitivamente esto es un cambio en la postura estatal, expresado por medio de reformas legales, o postura en sus funciones, se ha sancionado a la conducta humana con la acción gubernamental. En otras palabras, las deficiencias en cuanto al tratamiento de la familia, se ha tergiversado y su importancia, ha parecido como un reto emergente, por parte de los go-

Derecho Familiar Internacional

biernos, que suplen la actividad familiar por la estatal. Evidentemente la familia como institución social, no puede ser sustituida, el Estado lo que busca, es actuar para reintegrar la estabilidad que la familia ha perdido.

En este concepto, cobra importancia el derecho familiar, como auxilio y fortaleza de la preservación de esta fundamental institución social y prioritaria. Estos cambios, rebasan en magnitud, aquellos que ocurrieron cuando los asuntos matrimoniales y familiares, pasaron del ámbito eclesiástico a la jurisdicción secular, en la primera reforma protestante, que se efectúa en el siglo XVI por Martin Lutero.

Siempre ha sido un estigma del derecho familiar, establecer normas sociales, antes de ser reguladas por algún precepto legal. Se considera como autoregulador, pues la familia en su institucionalidad, ha sido fuente creadora de la necesidad histórica, motor de la acción, o del intento de adaptar el jure al facto. En realidad, cuando hablamos de cambio, del cambio presente, el punto medular es la consideración de lo establecido y de las relaciones con los hechos, sea en su acierto o en su falla. Incluso, la institucionalidad de la familia, en el ámbito social, se rodea de los diferentes modos en que las legislaciones la han afectado y le han hecho cambiar de comportamiento, creyendo que ésta ha cambiado en su importancia y transcendencia social. Por tales motivos, en ocasiones se ha desviado la idea de protegerla como tal, pues pesar de que figuras como el matrimonio, adopción, etc., sean importantes, no agotan el papel de la familia.

Derecho Familiar Internacional

La familia no se puede desmenuzar, en temas diversos, para resolver los problemas por separado, requiere, que como institución, se observen sus problemas institucionales.

En tal sentido hablamos de una familia, de un matrimonio como instituciones prelegales, éstas no fueron inventadas por la legislación, ni por el Estado, son inherentes a la especie humana, incluso se puede pensar que no son peculiares de ella. Los hacedores de la ley, solo pueden trabajar sobre esta institución, por medio de formulaciones lingüísticas, formulando y sistematizando todo un legado de comportamientos humanos que en ocasiones resultan de estadios inconscientes. De tal proceso, surgen normas que pueden ser calificadas como "ideas tipo", y no hablamos solo de abstracciones sobre las realidades, sino en el sentido de los valores, los cuales pueden o no corresponder a la remarcada realidad social.¹⁵

Intuitivamente, se parte de la idea de que fué la familia, la que precedió al matrimonio, y no al revés. Esta postura no es entrar en una conjetura parecida a la primacía del huevo y la gallina, sino responder a la visión de que la familia como institución primaria, está presente en todo tipo de sociedades, incluso en las animales, en tanto que hablar del matrimonio como institución individualizante, y participe de una relación heterosexual, solo es continúa en la existencia de culturas, aun siendo éstas simples. De tal forma el matrimonio, sin exceptuar a las sociedades contemporáneas, no necesariamente llevaba envuelta la procreación.

¹⁵GLENDON, MARY ANN. Legal and Social Institutions. Edit. North-Holland Publishing Co. Oxford, United Kingdom. 1977, p. 3

Derecho Familiar Internacional

Tal idea, no trata de negar la diversidad en los tipos de familias que han existido, incluso, ninguna sociedad conocida, ha tenido un solo tipo de familia, en tanto que los tipos de matrimonio, han sido menos variados que los de familia y aunque siendo reiterativos no olvidamos que el matrimonio es una institución social, pero no el único originador de la familia, basta recordar, la definición de que estamos partiendo.

Siguiendo la línea de la sociología familiar, debemos identificar los momentos, en que la relación sexual, se convierte en familia. De una forma apropiada, se reconoce al concubinato, como un punto originador de la familia; es decir, no obstante la importancia del matrimonio como institución legal, no se deja a los sistemas legales, como los únicos medios, sino como los últimos para determinar la formalidad social de una unión.

Hagamos un experimento para comprender tal concepción, miremos los diferentes ámbitos donde se puede encasillar al matrimonio, o una unión de hecho¹⁶. Es decir, imaginemos círculos concéntricos que indiquen un relación; primero de matrimonio como unión legal, siendo la referida la que cumple con requisitos de jure, y no necesariamente implican un relación sexual procreadora, con una cohabitación variable, y con una permanencia ciertamente asegurada; en un segundo hablemos de un matrimonio de hecho o concubinato, con excepciones, pero con características muy similares a la figura concubinaria, la cual sugiere una unión sin solemnidad, una relación sexual que la sostiene (en muchos casos), con la procreación como medida de aseguramiento, pero sin certeza en la duración, pues

¹⁶Ob cit. pp. 5-6

Derecho Familiar Internacional

la volatilidad de la conducta humana, no se ve asegurada con la coacción legal.

Jugando con estos círculos, podemos hacer coincidir puntos, un ejemplo de tal método, lo tenemos en los famosos círculos de García Máynez, que tratan de explicar las normas humanas. En esto, observamos varias implicaciones al matrimonio, pero evidentemente, la institucionalidad de la familia sigue en pie, sea unión de facto o de jure, la prevalencia de la misma les puede dar juego, pero no vida independiente, por lo que está aún, por encima de éstas.

Para dejar más claro el tema de la sociabilidad de la institución, podemos tomar el mismo matrimonio como un comportamiento social. Situándonos en sistemas donde los preceptos religiosos relativos al matrimonio, siguen siendo importantes como Egipto, Israel, India, veremos que la legislación jurídico-positiva coincide accidentalmente con las regulaciones religiosas. Nosotros estamos acostumbrados solo a la manera Occidental de hacer que los casos, se encuadren a los preceptos legales; pero hoy en día, no podemos considerar que ésta es la manera universal, en que el mundo concibe sus regulaciones. Las sociedades pluralistas, deben aceptar los problemas que implican los diferentes patrones de comportamiento, antes de caer en conflictos de diversidad legislativa, de otra manera, es muy costoso cercenar a la familia de usos y costumbres que la dan vida y consistencia, en aras de adecuar a un abstracto alejado de su realidad. Tenemos por consigna, ser permisibles dentro de la diversidad para dar cabida a la familia como tal y no solo a alguno o algunos prototipos de éstas.

Derecho Familiar Internacional

Al seguir analizando la definición, se agregan a ésta las palabras: permanente y natural. Al darle el carácter de institución social, la familia recibe en un modo directo, el acompañamiento de una naturalidad, aceptada por el conglomerado humano.

En este aspecto recibe la ineludible diversidad en sus orígenes, o para ser mas claros, en donde no se dirige solo a la dependencia del matrimonio como fuente, sino a uniones de facto, o incluso hechos eventuales y afectivos. La naturaleza del ser humano incluye esa formación familiar e identificación social.

La permanencia de la institución redondea las características antes citadas, y deja claro el testimonio de su presencia, a través de la vida humana. Génesis y evolución de la familia, serán siempre temas ligados al origen y desarrollo del hombre.

Seguidamente se habla de un grupo de personas. En un análisis de la evolución familiar, partimos del estado primario del hombre, del salvajismo, donde su similitud con el comportamiento animal irracional, es visible.

En otro punto, al ser también, como ya lo explicamos, natural, podría dar cabida a otras interpretaciones, como la arriba señalada, por lo que sin entrar a conceptos jurídicos de persona, si dejamos esta entendida como el ente humano racional. Esto último lo hacemos porque creemos que es más una connotación social, que una limitadísima concepción jurídica, la

Derecho Familiar Internacional

cual excluye de su interpretación a muchos supuestos seres humanos, que carecen de personalidad en el mundo del derecho, idea que se clarifica cuando se le da una hojeada al vetusto Código Civil para el Distrito Federal y se revisan los capítulos de Derecho Familiar, y de menores e incapaces.

Separándonos de estos conceptos sociológicos, con matices jurídicos, la definición agrega una segunda parte de ideas: las totalmente jurídicas. Con esto da cuerpo y consistencia a su enunciación, ya que de otra manera, sería un conjunto de preceptos caídos en la abstracción gramatical. La eficacia y positividad del Derecho, hace consistente todo este mundo conceptual.

De tal forma, al vincular a las personas con lazos jurídicos, se refiere a las implicaciones de que estos sujetos de la familia tienen que afrontar. En otra idea, los dota de derechos y obligaciones en el Derecho Familiar, así como en las ramas jurídicas con relación a ésta. Sin embargo, es pertinente aclarar que no necesariamente estos vínculos jurídicos, derivan de otros. Se puede actuar en el mundo de la familia, con efectos retroactivos, pero las actuaciones no en todo momento estaban precedidas por una situación de jure, con lo que tenemos que entender que la familia va más allá de la regulación legal.

Por otro lado, vemos con desacierto, el tratamiento que la Enciclopedia Jurídica Omeba, da a la familia cuando trata de completar el mundo jurídico, con las relaciones intersexuales y filiales. Consideramos mejor el listado que nos da el Código Familiar de Hidalgo en su artículo primero, que ya citamos al inicio de este capítulo, al hablar de matrimonio, concu-

Derecho Familiar Internacional

binato, parentesco por consanguinidad, adopción y afinidad. De otra forma, la anterior definición dejaría al azar muchos de éstos rubros, que deben considerarse dentro de la familia, los cuales tienen su origen en vínculos jurídicos.

Del matrimonio y estado jurídico del concubinato ya hemos hablado, incluso de ambas instituciones sociales, derivadas no precedentes de la familia, dejando a un lado temas legales que llevaría mucho el comentarlos. Solo nos gustaría incluir una parte de la carta familiar que incluye el Código Familiar de Hidalgo en su artículo 27º :

“El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una solo mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originarán el nacimiento de una familia; así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable. El matrimonio es un acto jurídico solemne, institucional y contractual, y es uno de los medios morales creados y reconocidos por el Derecho, para fundar la familia; estando ambos obligados a cohabitar, a guardarse fidelidad, asistencia y comunidad de vida. Por este acto asumen y aceptan la responsabilidad de alimentar, educar y proporcionar un medio honesto de vida para sus hijos..., al poder darles los elementos básicos para tener una vida decorosa; de otro modo, sólo se convertirá en una verdadera carga para sus padres, y en última instancia, al no tener oportunidad de

Derecho Familiar Internacional

educación, alimentos y vestido, será una carga para la sociedad y el Estado."¹⁷

En cuanto a los otros, los citaremos viendo su parte legal, que es la que mas claramente nos deja el mensaje de lo que trató de resguardar la ley, por medio del autor de la obra.

Define primeramente al parentesco como el vínculo subsistente entre los integrantes de una familia¹⁸. Como tipos de parentesco enumera tres: el consanguíneo, el de afinidad y la adopción civil.

En su artículo 153⁹ dice: "El parentesco por consanguinidad es la relación jurídica entre personas descendientes unas de otra; o de progenitor común". En unos artículos mas adelante, el 165⁹ habla de la filiación como la relación consanguínea entre dos personas, por el hecho de engendrar o concebir una a la otra.¹⁹

Define al parentesco por afinidad como el resultante del matrimonio, existente entre el esposo y los parientes de su esposa, así como los de éste con ella, artículo 154.²⁰

Finalmente, se refiere a la adopción, como el parentesco civil existente entre adoptante y adoptado y entre los parientes del adoptante y adoptado, con los mismos derechos y obligaciones derivados del paren-

¹⁷ Legislación Familiar del Estado de Hidalgo, art. 27, fr. IV. p. 29.

¹⁸ Ob cit. art. 151⁹, p. 49

¹⁹ Loc cit.

²⁰ Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

tesco consanguíneo; en el capítulo vigésimo primero relativo a la adopción, en el artículo 213 dicta: "la adopción es un acto jurídico, por el cual una o más personas adoptan aun menor de edad"²¹.

De esta forma, integramos el concepto de familia, dándole vida propia y ubicándola en el papel prioritario con que está investida y con sus características que la hacen diferente a cualquier otra institución con la cual se compare. De tal forma es principio y fin de la vida del hombre en lo individual, y de la sociedad, en todas sus formas de agrupación.

V. GENESIS Y DESARROLLO DE LA FAMILIA

En sus orígenes, la familia puede ser clasificada de acuerdo a sus diferentes formas en los estados de salvajismo y barbarie²², ambos con períodos inferior, medio y superior.

El estado salvaje, en su período inferior, se considera la infancia del género humano, en la que los hombres permanecían en los bosques tropicales y subtropicales, y vivían en los árboles. Su alimentación esencial eran frutos y raíces. El principal progreso de esta época, es la formación del lenguaje estimulado.

²¹Ob cit. p. 56

²²ENGELS FEDERICO. Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado, en relación con las Investigaciones de Henry Lewis Morgan. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1953. p. 25 y siguientes.

Derecho Familiar Internacional

El período medio, comienza con el empleo del pescado como alimento, y la utilización del fuego. Se utilizaban instrumentos de piedra sin pulimentar, pertenecientes a la era conocida como Paleolítico.

Por último, dentro del estado salvaje en su período superior, aparecen el arco y la flecha, gracias a los cuales se inicia la caza permitiendo la obtención de un alimento regular. Durante este período, aparecen algunos indicios de residencia fija en aldeas. Estos progresos aparecen entre los indios del noroeste de América que conocen el arco y la flecha, pero no el arte de la alfarería con la que empieza el tránsito a la "barbarie".

De acuerdo al orden cronológico enunciado por Federico Engels, la barbarie puede clasificarse también en tres períodos: el inferior, el medio y el superior.

En el inferior, empieza a introducirse la alfarería, la domesticación de animales y el cultivo de las plantas.

En el período medio encontramos el cultivo de las praderas, y la domesticación de animales para el suministro de leche y carne. La formación de grandes rebaños se considera la causa de la separación de los Arios y Semitas de los Bárbaros.

El estadio superior se caracteriza por la fundición del hierro apareciendo por primera vez el arado de hierro, lo que hace posible el inicio de

Derecho Familiar Internacional

la agricultura. En este período se observa también la tala de bosques lo que motiva un rápido ascenso demográfico.²³

De acuerdo a las investigaciones de Henry Lewis Morgan, la familia originalmente se considera que fue absolutamente promiscua, siendo esta la organización social mas antigua que se recuerde. Existía un comercio sexual promiscuo en el que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres, y cada hombre a todas las mujeres.²⁴

En el matrimonio por compra, se considera a la mujer como objeto de comercio, pasando a ser propiedad del comprador. Al existir una propiedad absoluta del hombre sobre la mujer, se establece una relación sexual exclusiva iniciando así la monogamia del matrimonio.

En el matrimonio por raptó también se denota una relación monogámica y de patriarcado, ya que la raptada quedaba bajo el dominio sexual exclusivo del raptor.

Podemos concluir que la promiscuidad sexual absoluta de la familia en sus orígenes, provocó la paternidad incierta, lo que genera el matriarcado como primera forma de organización familiar, ya que solo se puede saber con certeza quién es la madre.²⁵

²³GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho Familiar, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 2da. ed. Tuxtla Gutiérrez Chiapas, México, 1988, p. 41.

²⁴Engels, Federico. El origen de la familia... p. 36

²⁵GUITRON FUENTEVILLA JULIAN. Derecho... p. 42-43

Derecho Familiar Internacional

Como fase final de la promiscuidad, se encuentra la monogamia, originando una relación sexual íntima de la mujer con el hombre, pero no de éste hacia ella.

De acuerdo al análisis que efectúa Heriberto Spencer, sobre la familia y algunos problemas conexos, supone que lo evolucionado es lo mas apto, y que lo últimamente evolucionado es siempre lo mejor. Valor de supervivencia y excelencia ética llegan a ser expresiones intercambiables y, aquéllas relaciones domésticas "que son las más elevadas, consideradas éticamente, son también las mas elevadas consideradas tanto biológica como sociológicamente.²⁶

Spencer identifica la evolución con el progreso, y en consecuencia supone un período de promiscuidad precedente a la monogamia que constituye el grado supremo en la escala de la evolución.

Supone que el proceso de la evolución es rectilíneo, de modo que en todas partes, y siempre, una de sus etapas debe, necesariamente, ser seguida por la inmediata hasta que la serie entera quede completa. Desde este punto de vista, solo existe un orden único e irreversible en el desarrollo de la familia: promiscuidad, poliandria, poligamia y, finalmente, monogamia.

En base a estos supuestos, Spencer describe el trato de que eran objeto las mujeres en los tiempos primitivos de la siguiente forma: "era cruel hasta el máximo grado soportable"²⁷ y no existió "ningún freno a la tiranía

²⁶Principles of Sociology, Edit Dial. Vol. 1. 2da. ed. 1877, p. 600

²⁷Ob. cit., p. 713

Derecho Familiar Internacional

que el sexo fuerte ejercía sobre el débil"²⁸ a no ser el sentimiento de la necesidad de preservarlo para la subsistencia de la raza. Según Spencer "La clase esclava en la sociedad primitiva, se componía de mujeres"²⁹.

Sin embargo, esta teoría puede ser acusada de unilateralidad. Estudios muy detallados de los habitantes de la Australia Central, que son extraordinariamente primitivos, muestran que la mujer "es bien tratada, en general, y capaz de influir en las decisiones masculinas, con menosprecio de toda teoría por lo que respecta a su inferioridad o impureza", y que "precisamente entre las gentes más rudas, es donde disfruta de una igualdad real con su compañero"³⁰. Westermarck llega a la conclusión de que, si bien entre las razas inferiores, en general, la mujer casada se halla bajo la dominación del marido, disfruta de un grado notable de independencia, es tratada con consideración y, en algunos casos, ejerce una influencia tan grande sobre su marido, que llega a ser considerada como su superior³¹.

Estas pruebas reiteradas, modifican considerablemente el relato de Spencer. El matrimonio por raptó, que se supone ser la forma más primitiva y universal del matrimonio, no implica que el marido tenga derechos absolutos sobre la mujer. Tampoco el matrimonio por compra, supone que la mujer carezca de derechos personales. Es cierto, que en general, la posición social de la mujer es inferior a la del hombre, pero de ello no se sigue que el trato que recibiera fuese tal como Spencer los describe.

²⁸Ob. cit., p. 713

²⁹Ob. cit., p. 717

³⁰g. SPENCER Y F.J. GILLEN, *Native Tribes of Central Australia*, 1899. p. 72.

³¹E. WESTERMARCK, *Origin and Growth of Moral Ideas*, 1906. p. 147

Derecho Familiar Internacional

La primitiva división del trabajo, según Spencer, se verificó entre el hombre, el amo, y la mujer, el esclavo. Sin embargo, la opinión mas generalizada es que la división del trabajo primitivo fue equitativa y que en manera alguna condenó a la mujer al trabajo penoso de por vida.³²

Spencer subraya, fundamentalmente, la importancia del factor económico al precisar el trato a la mujer y su posición. Muestra que en el caso de matrimonio como consecuencia de servicios prestados a los parientes de la mujer, era probablemente más estimada que aquélla que había sido comprada o raptada. Además el marido entraba en la familia de la mujer durante el período de su servicio, y era considerado como un huésped molesto, mas que como señor y jefe de su familia, situación que solo llegaba a ser cuando retornaba a su propia tribu. El genero de ocupaciones que desarrollaran cada tribu, era mas importante aún que el factor económico. Donde las ocupaciones de los hombres y del mujeres eran similares, las mujeres estuvieron en mayor nivel de igualdad con el hombre. En las primeras fases de la agricultura, la mujer desempeñó un papel importante, ya que cuidaba el huerto con el almocafre, hasta que apareció el arado tirado por bueyes. Otro resultado fue que el cuidado del rebaño llegó a ser por lo general, una ocupación masculina.³³

La determinación realmente insatisfactoria del status en los pueblos mas simples, indicaba que en las sociedades agrícolas, como un todo, la

³²Principles of Sociology. Ob. cit., p. 718

³³RUMNEY, JUDAH. Spencer., Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1a. ed. 1944, p.106-107

Derecho Familiar Internacional

situación de la mujer fue ligeramente mejor y en las pastoriles un poco peor que en los pueblos cazadores³⁴.

A este respecto Lowie señala que la "asociación empírica de un status con no-participación pudo desarrollarse también, estando diseminada como unidad y ha persistido por puro conservatismo", y finalmente ha admitido que "el factor económico es una causa eficiente, pero a lo sumo, sólo una entre una serie determinante"³⁵.

Sobre la situación de los hijos en tiempos primitivos, según Spencer, no había obligación ni restricción moral, excepto lo limitado por la necesidad de conservar la tribu. El trato a los niños mejora, en especial a los niños varones, cuando se reconoce su valor como futuros guerreros y como perpetuadores del nombre y la propiedad de una familia. En las sociedades militares, los niños y especialmente las niñas son cruelmente tratados, pero en las sociedades industriales, mejora su trato, los muchachos y las muchachas se aproximan en igualdad, y ambos son considerados como individualidades.³⁶

Según el análisis que hace Spencer, sobre las Instituciones domésticas, las formas de la familia, y las relaciones entre los sexos, las relaciones sexuales primitivas son totalmente faltas de regulación, indefinidas e inconstantes. "En los grupos de hombres sin conexión, primeramente formados, no hay orden establecido de ninguna clase; todo es indefinido e ines-

³⁴L.T. HOBHOUSE, G.C. WHEELER Y M. GINSBERG, The Material Culture and Social Institutions of Simpler Peoples, p. 173

³⁵R.H. LOWIE, Primitive Society, 1924, p. 87

³⁶RUMNEY, JUOAH, Ob. cit., p. 110

Derecho Familiar Internacional

table. Del mismo modo que las relaciones de los hombres con los demás son indeterminadas, también lo son las de los hombres con las mujeres³⁷. Spencer habla de ceremonias formales de matrimonio, suponiendo así la existencia de un período en que el hecho de vivir juntos comenzó sin formalidades; de la poca consideración de que era objeto la castidad, y finalmente de la frecuencia de las relaciones incestuosas. Pero todo esto no debe considerarse como sinónimo de la absoluta promiscuidad, porque ya entonces, el hombre dotado de un fuerte sentimiento de la propiedad, estuvo siempre dispuesto a luchar por la posesión personal de la mujer. Se admite la promiscuidad moderada, con su derivativo lógico: la descendencia materna, porque solo es evidente la conexión entre madre e hijo. Se admite que la promiscuidad sería antagónica de un control político establecido y pernicioso para el bienestar de la prole que carecería de los cuidados paternos. En consecuencia, la selección natural la eliminaría en favor de sociedades con forma de familia.³⁸

Es evidente que las relaciones primitivas de los sexos, así como las formas primitivas del matrimonio, están envueltas en el misterio de los tiempos prehistóricos. Pero el supuesto de que las relaciones sexuales estuvieron siempre carentes de regulación se complace mal con el hecho de que allí donde existió sociedad hubo siempre algún modo de regulación, consciente o inconsciente. Spencer acepta una etapa presocial, como en la concepción de los tiempos primitivos de Hobbes, en que la vida fue desagradable, brutal y mezquina, y en que el individuo, incluso reunido en hordas inorgánicas, hacía aquello que a sus ojos era justo. Pero ésta es una

³⁷Principles of Sociology, Vol. I., p. 602.

³⁸RUMNEY, JUDAH, Ob. cit., p. 110-111

Derecho Familiar Internacional

construcción meramente hipotética. La sociedad es contemporánea del hombre, y la mas simple organización social supone un pequeño número de familias que viven juntas en su propio territorio y en continuo contacto, amistoso u hostil, con otros grupos sociales. Estas familias no necesitan ser de un tipo bilateral, ni tampoco exclusivas de lazos de parentesco. Así pues, la sociedad desde sus principios fue mas amplia que el grupo parental. El parentesco en todas sus formas, no es sino una expresión de cohesión social. Sólo desde tal punto de vista, y no desde el que deriva la sociedad de la familia aislada, puede concebirse la conservación de la cultura humana, del lenguaje y de la tradición.³⁹

El hecho de que el mas simple grupo social dejase sin regular las relaciones sexuales es difícilmente concebible, porque en todos los tiempos, el sexo ha sido causa de fraccionamiento y antagonismo, así como de relación y unificación, y ha necesitado un cierto control y regulación. Si la promiscuidad hubiese tenido la universalidad que se le atribuye, es de suponer que habría mas pruebas a su favor. Pero Westermarck⁴⁰ no enumera mas que treinta y un casos, e incluso respecto a ellos no hay unanimidad en cuanto a su interpretación.

Lo que parece ser universal en una forma u otra son las restricciones que prohíben el matrimonio dentro de un cierto grupo: exógamia. Según Spencer, en los tiempos primitivos el hombre estuvo constantemente en guerra. La victoria era seguida por el pillaje y el rapto de mujeres como botín; y la posesión de una mujer ganada en la guerra, era un símbolo de

³⁹ibidem, p. 112

⁴⁰WESTERMARCK, E., *History of Human Marriage*, 1921, p.258

Derecho Familiar Internacional

distinción social; todo guerrero, digno de tal nombre, se esforzará por robar mujeres a fin de mostrar y justificar sus calidades combativas. Spencer sugiere que las formas de matrimonio en que se finge el rapto, indican que existió un período en el que el matrimonio por rapto era universal. Por otra parte, la endogamia caracteriza a las tribus primitivas pacíficas y sólo a medida que las sociedades se hacen menos hostiles, prevalece y llega a ser concomitante con las formas superiores de la familia.

Sin embargo, las últimas pruebas aducidas por Malinowski, Westermarck, Goldenweiser y otros, referentes al matrimonio por rapto, estiman que nunca ha sido general, sino se produce mas bien, como una excepción al sistema regular de matrimonio; y es incompatible con el matrimonio matrilocal.

Existen otras teorías mas modernas al respecto, por ejemplo Hobhouse, supone un impulso que habría de distinguir los sentimientos de parentesco de los sexuales; en su teoría muestra que las principales funciones de la exogamia serían las de contrarrestar la reproducción dentro de la misma familia y la de actuar como fuerza cohesiva ligando a unas familias con otras⁴¹. Esta misma teoría se ve reforzada por Tylor, quién escribe: "La exogamia es una institución que se opone a la tendencia a la desintegración de las poblaciones no civilizadas, consolidándolas en naciones capaces de vivir juntas, en paz, manteniéndolas unidas en la guerra hasta que alcanzan un período de superior organización política y militar".⁴²

⁴¹L.T. HOBHOUSE. *Morals in Evolution*. 1923.

⁴²E.B. TYLOR, "The Matrilineal Family System". *The Nineteenth Century*, XL., p. 93

Derecho Familiar Internacional

Spencer no se hace responsable de la suposición de un matriarcado universal. Lo que da ha entender es, mas bien, un sistema de derecho materno que siguió y estaba vinculado a un período de promiscuidad. En el sistema de promiscuidad la conexión entre madre e hijo es mas evidente, y surge un hábito de pensar en parentesco maternal mas que en el paternal. Además, el parentesco masculino es conocido habitualmente, si bien es desatendido donde el sistema de parentesco se establece por la línea femenina.⁴³

Mientras mas descendemos en la escala de la civilización el tipo de organización social que encontramos, es aquél en el que la madre es, socialmente, mas importante que el padre, y muchas civilizaciones muestran señales que indican su transición a partir de esta etapa. De que esta situación haya sido universal y que por ella hayan pasado todas las sociedades, se duda grandemente. Donde la descendencia se verifica a través de la madre, la propiedad y los ritos ceremoniales, pasan a través del hermano o del marido. La jefatura del clan se hereda a través de la madre, pero no por la madre, y pasa de su hermano a su hijo, y de su hijo al hijo de su hija. En vista de estos hechos, un matriarcado o gobierno de mujeres es extraordinariamente problemático, y el término derecho materno es mas apropiado para indicar una organización social en que los derechos pasan a través de la madre y dependen de ella.⁴⁴

Siguiendo a la eliminación de la promiscuidad como una adaptación fracasada a la vida social, sostiene Spencer, que surgirán experimentos de

⁴³RUMNEY, JUDAH. Ob. cit. p.115-116.

⁴⁴ibid, p. 117-118

Derecho Familiar Internacional

poliandria y poligamia indefinidas. La poliandria se encuentra en tres diferentes formas: allí donde un grupo de hermanos se unían a una mujer, donde un grupo de hombres sin parentesco se desposaban con una mujer, y finalmente, donde se practicaba una combinación de poliandria y poliginia. Todas estas formas son debidas a la pobreza o infanticidio de las hembras.⁴⁵

A la poliandria sucede la poligamia. Esta situación aunque si es universal y persistente, está limitada por un cierto número de factores, de los cuales el mas importante son las condiciones económicas de un pueblo y el número de mujeres disponibles. De tal modo que, en general, la mayoría poseerá una sola mujer, y solo unos pocos ricos tendrán cierto número de mujeres. Las causas que favorecen la poligamia, según Spencer, son la guerra y el raptó de mujeres, los beneficios económicos de tener a varias mujeres trabajando para un marido, y, frecuentemente, el deseo de una mujer de compartir sus tareas con otra u otras concubinas. Finalmente hay una razón psicológica: "Puesto que en toda sociedad los actos de los poderosos y de los ricos son los que fijan los modelos de lo bueno y lo malo, resulta que allí donde prevalece la pluralidad de mujeres, acaba por adquirir una sanción moral"⁴⁶.

El individuo ordinario aspiraría a imitar al rico. En consecuencia, la poligamia, en general, caracterizará a las sociedades que están diferenciadas en riqueza y status.

⁴⁵Principles of Sociology. Vol I. Ob. cit. p. 656

⁴⁶ibidem p. 658

Derecho Familiar Internacional

Finalmente, Spencer analiza la monogamia, que se considera como la forma última y definitiva que ha hecho florecer la evolución. Tal forma se desarrolló lentamente, pero incluso en los grupos bárbaros donde no había regulación para la conducta sexual, debe haberse presentado la unión de un solo hombre con una sola mujer. La monogamia es la forma natural de la humanidad, y las demás formas se debieron, probablemente, a influencias fraccionadoras ocasionadas por la creciente agregación.

Del mismo modo que la poligamia es superior a las formas de matrimonio más primitivas, la monogamia es superior a todas las demás. Es la forma final y definitiva. Conduce a una elevada proporción de nacimientos porque son pocos los exceptuados de tener mujer. Asegura la estabilidad política porque elimina intrigas dinásticas que con características en las sociedades poligámicas. Favorece el culto a los antepasados y "todo lo que favorece la estabilidad en las dinastías de los primeros gobernantes, tiende a establecer dinastías permanentes de deidades con el resultado de instituir sanciones religiosas en los códigos de conducta"⁴⁷. Crea "un permanente y profundo sentido de interés estético"⁴⁸ en aquéllos sentimientos de amor, pasión y novelería, característicos de una era de monogamia. Desarrolla hasta el más alto grado los efectos marital y filial. Tiende a prolongar la vida de los individuos. Carece de celos y perturbaciones inevitables en la familia polígama. Y, finalmente, pone de manifiesto una intimidad y cohesión que son valiosas para toda sociedad en su lucha por la existencia.

⁴⁷Ibidem p. 671

⁴⁸Ob. cit., p. 672

a) LA "GENS" IROQUESA

La palabra latina gens, utilizada por Morgan para designar un grupo consanguíneo, se deriva de la raíz común GAN que significa engendrar. En Grecia y Roma, la palabra Gens se empleó para designar al grupo familiar descendiente de un tronco común.⁴⁹

Federico Engels sostiene que "La gens" son grupos familiares cuyo origen o fuente está en América, ya que las tribus indias fueron las primeras en aplicar este tipo de organización a sus núcleos familiares. Este autor explica el funcionamiento de una gens, tomando como ejemplo la tribu de los IROQUESES, y en forma específica la tribu de los SENEKAS. En ella, al grupo familiar solo se incluían los hijos nacidos en un matrimonio, pero los hermanos no podían contraer nupcias con las hermanas, sino que debían hacerlo con mujeres de otras gens, y los hijos procreados con esas mujeres quedaban fuera de la gens del marido. Así pues en estos grupos familiares imperaba el derecho materno.⁵⁰

Según Engels, y tomando su ejemplo de la tribu "Seneka" integrada por ocho "gens", las costumbres de éstas eran las mismas, y de acuerdo a ellas se encuentra un conjunto de miembros integrantes de un núcleo con los mismos derechos y obligaciones a cumplir.

Se elegía entre todos los miembros de una gens, a un SAQUEM o jefe en tiempos de paz con poder ilimitado y no coercitivo, y a un Jefe en tiempos

⁴⁹GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho...*, p. 46.

⁵⁰Engels Federico, *Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, Tomo I.F. Sempere y Cía. Edit. Valencia España, p. 137

Derecho Familiar Internacional

de guerra, mismos que podían ser eliminados por el Consejo de la Tribu aún en contra de la voluntad de la gens.⁵¹

Ningún miembro de la gens, podía casarse dentro de ella. Las propiedades de los muertos pasaban a los demás integrantes del grupo, por lo que un esposo y una esposa no podían heredarse mutuamente, ni los hijos del padre, pero si los de la madre. Existía un cementerio común para cada gens y tenían una serie de solemnidades religiosas realizadas por los Saquem y los Jefes.

Cuando a un individuo se le atacaba, toda la gens se consideraba ofendida ya que todos los miembros debían darse ayuda y protección. La gens podía adoptar extraños, dándoles de esa manera acceso a todos los derechos y obligaciones de la gens y de la tribu entera.⁵²

Cada gens tiene un consejo formado por la Asamblea Democrática, que incluye a todos los miembros adultos varones y hembras, con el mismo derecho a votar, y residiendo en ellos el poder soberano del pueblo. Lo que implica una clara manifestación de una organización democrática.

Las gens también forman otro tipo de asociaciones: la fratria, por la que se unían dos o más gentes; sus funciones eran en gran parte sociales y parte religiosas. Las fratrias se reunían en caso de crímenes, cuando el criminal pertenecía a una fratria diferente, para solicitar a la otra fratria

⁵¹ibidem. p. 168

⁵²ibidem. p. 143

Derecho Familiar Internacional

la reparación amistosa del mal. Al morir algún personaje importante un fratria diferente a la del difunto se encargaba de los funerales.

En caso de guerra cada fratria luchaba de forma independiente con diferentes uniformes, y comandados por su propio jefe.

Así pues caso, una tribu se componía de varias fratrias, y cada fratria se formaba por un número indeterminado de gens, aunque siempre mas de dos. Engels parte del supuesto lógico de que ellos mismos comprendieron que mientras mas unidos estuvieran, mas fuertes y poderosos serían para enfrentar cualquier peligro.

Podemos concluir, que la Confederación Iroquesa, ofrece la organización social, por demás sencilla, mas desarrollada antes de pasar del estado inferior de la barbarie, garantizando así la vivencia de sus miembros de una manera regularizada.⁵³

Sin embargo, esta expresión familiar, casi estatal, sería destruida por influencias externas que desde un principio fueron una degradación de la sencillez existente. En este sentido, Engels expresa: " los mas viles intereses, la ruin codicia, la brutal ansia de goces, la avaricia, el robo de la propiedad común, inauguraron la nueva sociedad civilizada". De acuerdo a estas frases, Engels nos da un perfil de los males que en el futuro se infiltrarán en la organización familiar y estatal, y acabarán por dañarla hasta un punto donde será necesaria la intervención del Estado para salvaguardar los intereses familiares y sociales de la Nación.

⁵³GUITRÓN FUENTEVILLA JULIÁN, *Derecho*.... Ob. cit. p. 47-49.

b) LA "GENS" GRIEGA.

Dentro del pueblo griego, existía la misma organización que en las tribus americanas (gens, fratria y tribu), aunque en un estado mas avanzado debido al desarrollo cultural de los griegos. El sistema imperante es el patriarcal, lo que transforma la organización en base a las fortunas, matrimonios, etc. Las bases de este sistema fueron⁵⁴:

Las fiestas religiosas comunes que se realizaban por el jefe del gens y que actuaba como sacerdote. Respecto a los muertos, tenían lugares de sepulturas comunes y derechos hereditarios recíprocos. El matrimonio dentro del mismo gens estaba prohibido, a excepción de huérfanas y herederas del mismo gens, caso en el que debían contraer matrimonio con ellas. La filiación se generaba a través del sistema patriarcal.⁵⁵

Tenían el derecho de adopción pero solo en algunas excepciones, y podían elegir y deponer a sus jefes.

Tomando como ejemplo a la organización Atica, en la cual había cuatro tribus, cada una con tres fratrias, a su vez compuestas por treinta gentes cada una, se observan las siguientes bases de organización:

La autoridad permanente era el Consejo, formado por los jefes de la gens, pero cuando fueron muchos se optó por escoger a personas prepara-

⁵⁴Ibidem, p. 53

⁵⁵Loc cit,

Derecho Familiar Internacional

das, lo que da como resultado el nacimiento de las clases aristocrática. Su desarrollo generó el Senado.

La Asamblea del Pueblo, se convocaba por el Consejo para decidir los asuntos de importancia. Todos tenían derecho al voto.

El Jefe Militar, llamado Basiles, era como un Rey y se le revestía de poderes especiales, esto da origen a las familias nobles especiales dentro del seno de la gens.

En esta etapa de la civilización griega, se observa la organización de las gens, pero con cierto indicio de decadencia, ya que el derecho paterno de los hijos para heredar las fortunas, provoca el acumulamiento de riquezas y bienes, donde se origina un poder y hasta cierto punto una pequeña dictadura.

Del asomo de generaciones en las organizaciones griegas, gens, fratria y tribu, empieza a operarse un cambio: debido a la acumulación de riquezas, el afán de proteger los intereses de la mayoría, y además por el crecimiento demográfico, se hizo necesario la creación de una Institución que protegiera los intereses de la gens, de la fratria y de la tribu, dando como resultado el Estado Griego.

c) LA FAMILIA NOMADA

Desde sus inicios, la familia constituida por un grupo de miembros ligados consanguíneamente, era de tipo nómada, siempre cambiando de lugar, buscando el mejor estado de vida. Sin embargo, los cambios constantes no se hacían en forma desordenada por familias, sino que tenían un cierto sentido de organización. La mujer en estos casos era quién establecía las bases domésticas.

La organización de estas familias, se basaba en un Jefe, quién era el representante ante el Consejo de la Tribu, y al cuál el resto de la familia debía obediencia y fidelidad. Los hermanos tenían prohibido el matrimonio entre sí, aunque en principio muchos autores suponen que el vínculo de hermano y hermana llevaba aparejada inevitablemente la relación sexual. Se admite la realidad de este postulado, debido a un tipo de parentesco muy especial que aún existe en la Polinesia⁵⁸.

d) LA FAMILIA CELTA Y GERMANA.

Los mas antiguos indicios de la familia celta que llegan a nosotros nos muestran a la gens en todo su desarrollo, con vestigios del cultivo de tipo comunista. Existía entre ellos el matrimonio sindiásmico, muy similar al monogámico actual. Además se encuentra un antecedente del divorcio, ya que el matrimonio no se consideraba permanente sino hasta pasados siete años de convivencia. Si la separación se presentaba, los bienes de ambos

⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omba, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 978

Derecho Familiar Internacional

eran repartidos en dos partes, y generalmente las leyes beneficiaban mas a la mujer que al hombre.

Entre los Celtas, las mujeres también tenían derecho al voto, y en este núcleo familiar se denota una clara preferencia hacia la mujer, ya que como menciona Engels: "en caso de ruptura se concede a las mujeres grandes ventajas reguladas exactamente, en pago de sus servicios domésticos"⁵⁷

La gens Irlandesa, es otra estructura familiar de este tipo. En ella, toda la tierra es comunitaria para todos los miembros de la gens. Después el Jefe o algún miembro importante, se le concedía el derecho de propiedad privada, aunque a su muerte la tierra volvía a ser repartida entre los poseedores de tierras menores.

El funcionamiento de este tipo de organizaciones llamado Clan, es similar a las gens americanas y grecorromanas, y aquí también impera el derecho materno, situación que se prolonga hasta la Edad Media.

También los germanos, hasta antes de la emigración, estuvieron organizados en clanes, con mucha similitud entre las culturas americanas y grecorromanas en el sentido guerrero. Existía además una marcada importancia a la virginidad de la mujer antes del matrimonio.

⁵⁷ENGELS FEDERICO. Ob. cit. Tomo II F. Sampere y Cía. Editores Valencia España. p. 8

Derecho Familiar Internacional

Durante el período de los clanes, la tierra era cultivada en forma común, después vinieron las comunidades con parcelas de propiedad privada, cuyos cultivos eran en parte para ellos mismos.

También las tribus germanas sufrieron los mismos cambios de las tribus americanas y las gens grecorromanas, dando por resultado la creación del Estado.⁵⁸

e) LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS ORIENTALES.

Dentro de los pueblos orientales, tenemos por ejemplo a los Egipcios, quienes practicaban entre los ricos la poligamia. El matrimonio se podía realizar entre familias, con el fin de conservar pura la raza, y dentro del mismo ámbito todos los bienes de la familia. El divorcio se concedía solo en caso de adulterio comprobado. El matrimonio se efectuaba en ritos solemnes ó por la compra de la esposa, y a edades muy tempranas. La degeneración de esta organización familiar, se debió en mucho a la degeneración de la raza debido a los matrimonios entre parientes y por tener relaciones sexuales a tan temprana edad.⁵⁹

En Babilonia en cambio, los ritos respecto del matrimonio eran muy extraños: la mujer debía llegar a éste no siendo virgen. Los matrimonios formales se arreglaban entre los padres de los contrayentes con regalos y dinero. El matrimonio era monogámico, y el adulterio era castigado con la

⁵⁸GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho..., Ob cit.p. 58-58

⁵⁹ibidem. p. 58-59

Derecho Familiar Internacional

pena de muerte. También se concedía el divorcio, por esterilidad, incompatibilidad de caracteres, de humor y por negligencia; como consecuencia de todo esto, la organización familiar en Babilonia era muy inestable.

Contrastantemente, en Asiria, el matrimonio se regía por normas muy severas. El pueblo era eminentemente guerrero, por lo que la organización familiar era patriarcal, y su finalidad primordial era la de aumentar el número de nacimientos. El aborto se castigaba con la pena de muerte por empalamiento. La Ley y las costumbres en esta organización, daban a la mujer una situación de total inferioridad: debían aparecer con el rostro cubierto en público, y obedecer y respetar ciegamente al hombre, además de serle estrictamente fiel, situación que no se aplicaba a los hombres, ya que ellos podían tener cuantas concubinas les permitiera su situación económica, sin recibir por ello ninguna sanción legal o moral.⁶⁰

En el pueblo judío, la organización familiar tenía una reglamentación muy precisa: el matrimonio se efectuaba a través de la compra, aunque era de carácter disoluble, pues existía el divorcio. Este se concedía por adulterio comprobado, y se castigaba con la lapidación en el caso de la mujer, y con dinero en el caso del hombre. Se autorizaba el repudio si se encontraba un defecto físico en la mujer que lo ameritara. La mujer debía llegar virgen al matrimonio so pena de ser lapidada. La autoridad paterna era ilimitada aunque no con derecho a disponer de la vida de sus hijos.

Además en Israel la población debía de multiplicarse para poder sobrevivir, por lo que las leyes y costumbres exaltaban la maternidad, conside-

⁶⁰ibidem, p. 59-60

Derecho Familiar Internacional

rándose el celibato como un pecado o crimen. El matrimonio era obligatorio después de los 20 años, y también se le imponía a los sacerdotes. La mujer estéril se consideraba muy inferior, lo que autorizaba al divorcio o al repudio.⁶¹

La vida económica judía se efectuaba tomando como base la propiedad privada, y el hijo primogénito adquiría todos los derechos y bienes del padre a la muerte de éste.

En Persia, también la mujer se encontraba en una situación de inferioridad absoluta. La organización familiar estaba regulada por el Zend-Avesta, libro sagrado de los persas. El matrimonio se realizaba por medio de la compra. Se protegían también, todas las situaciones que permitiesen el aumento de la población. El aborto se consideraba un delito peor que el adulterio. Se consideraba a la familia como la más sagrada institución.

En la India, se observan las mismas características, dentro de la organización familiar, que en el resto de los países orientales. El matrimonio se llevaba a cabo por compra, consentimiento o raptó de la mujer. Se consideraba el aborto y el infanticidio como un delito, y se aceptaba la poligamia entre los ricos. En un principio, la mujer gozaba de mucha libertad, aunque con el tiempo esta situación fue restringida.

En el pueblo Chino, la familia tenía un carácter estrictamente patriarcal. Se admitía la poligamia, practicada también por los ricos. El matrimonio se arreglaba entre los padres de los contrayentes, sin que estos se

⁶¹GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho...*, Ob. cit., p. 61

Derecho Familiar Internacional

conocieran hasta el día de la boda. Sin embargo, esta situación no impide que se establezcan entre ellos fuertes lazos de respeto y afección.⁶²

f) LA FAMILIA EN LA EDAD MEDIA.

Durante este período, la familia funcionó como un organismo económico. La familia trabajaba las tierras e hilaba sus telas a modo de bastarse a sí mismos. La gente de menores posibilidades, generalmente vivían en gran armonía, y comúnmente los hijos seguían el oficio de los padres (agricultores, artesanos, etc.), a quienes se les transmitían los bienes y los secretos de los oficios.

En cambio, en la organización feudal, la familia presentaba un aspecto muy diferente. Con el fin de proteger el feudo y el poder, solo el hijo primogénito, tendría una situación beneficiosa, ya que se consideraba que al repartir las tierras en varios miembros de la familia, desmembraría el poderío feudal. Se prohibía al heredero enajenar las tierras, por lo cual él era el vigilante del patrimonio rural e inmuebles integrantes del núcleo.⁶³

Posteriormente la organización familiar fue haciéndose insuficiente para mantenerse como el centro vital de la industria y el comercio, a tal punto que surgen los mercaderes, comerciantes, etc.

⁶²Ibidem, p. 62

⁶³Ibidem, p. 62-64

Derecho Familiar Internacional

En esta época, la familia tenía otro aspecto, el de las relaciones internas de la misma. Fue el cristianismo y su difusión, la influencia más decisiva para aligerar la tiránica situación del Pater Familias, otorgando más que derechos, deberes a los encargados de ejercer la patria potestad.

La emancipación, la mayoría de edad y la desaparición del esclavismo redujeron la proyección externa de la familia, como consecuencia de la disminución de sus integrantes.⁶⁴

VI. CLASIFICACIONES TRADICIONALES DE LA FAMILIA

La familia desde un punto de vista sociojurídico, tiene diferentes acepciones, mismas que analizaremos en este capítulo.

En los últimos tiempos se ha proyectado una nueva institución de la familia: la "Familia Agraria" debida a las leyes de colonización y arrendamiento, principalmente en la Argentina.

Las principales características de la familia Agraria, son su limitación hasta parientes colaterales en el segundo grado⁶⁵, lo que crea una asociación unida por lazos de trabajo, en la que todos participan en las tareas campesinas.

⁶⁴Nueva Enciclopedia Temática. De. Richards. Panamá 1963. P. 34 y sigs.

⁶⁵Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Argentina 1960. p. 1002

Derecho Familiar Internacional

Este tipo de familia, se considera la mejor para obtener la explotación racional de la tierra, ya que tiende a la supresión del asalariado en el campo, y los miembros de una familia que son parientes de afecto y por la esperanza de conjugar esfuerzos comunes, llegan a ser el sujeto ideal para este caso. Además el hecho de mejorar entre todos el predio, eleva el nivel de vida en el campo.

Algunos autores europeos se refieren a la familia Agraria, al comentar que "la verdadera célula social es la familia, no el individuo. Al cederle la tierra a los individuos en consideración a sus familias, se puede decir que la familia es el beneficiario del derecho a la tierra".⁶⁶ Así el grupo explotador de la tierra es una sola familia.

La familia Agraria sirve para medir la extensión de las unidades económicas de explotación agraria, entendiendo por unidad económica todo predio que por superficie, calidad de tierra y demás condiciones de explotación permita la subvención de la familia que la explota, para sus necesidades y una evolución favorable a la empresa.

Resumiendo, la familia Agraria integra con sus partes una comunidad de trabajo, y juega dos papeles de gran importancia jurídica: el factor exacto para colonizar y la medida concreta de la extensión de la unidad económica de explotación.⁶⁷

⁶⁶Ibidem, p. 1003.

⁶⁷GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho..., Ob. cit., p. 74-75

Derecho Familiar Internacional

Otra de las clasificaciones posibles de la familia, es la Familia ilegítima. Si entendemos por familia al conjunto de relaciones jurídicas surgidas del ayuntamiento de un hombre y una mujer, entonces podemos decir que la familia ilegítima es aquella no apegada a las disposiciones vigentes del derecho y que no reúne los requisitos marcados por la ley.

Para la religión, la familia es una organización inmutable y que ha existido desde el principio de los tiempos, y en la que siempre han existido los mismos vínculos de parentesco, ya que como se afirma en la Biblia, los hijos de Adán y Eva tuvieron que unirse en matrimonio incestuoso para continuar la descendencia.⁶⁸ En los tiempos prehistóricos, la familia se caracterizó por sus relaciones de parentesco peculiares, y se llega a la familia ilegítima solo cuándo aparecen los primeros indicios de derecho escritos.⁶⁹

Cuando la unión de un hombre y una mujer se realiza con promesa de fidelidad, hay familia legítima y cuando ésta falta, la familia es ilegítima. Entonces, podemos decir que tanto para el derecho moderno, como para la religión, la fidelidad es la base sobre la que descansa el matrimonio.

La mayoría de los pueblos civilizados, han llegado al matrimonio monogámico, que con la ayuda del derecho, la religión y la moral, tratan de impedir la infidelidad.

⁶⁸ Enciclopedia Jurídica Orbea, Tomo XII, Argentina 1960, p. 11.

⁶⁹ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho...*, Ob cit., p. 76-77

Derecho Familiar Internacional

Sin embargo, debido a factores, como la ignorancia, la pobreza, la falta de orientación, la falta de protección del Estado, la rigidez de la religión respecto de la separación de un matrimonio, se producen situaciones como las relaciones extramaritales, la prostitución y el concubinato, que son las causas de la proliferación de la ilegitimidad de la familia.

Ciertamente la solución ha este problema "no está en establecer junto al matrimonio formal, otra especie menos formalista, que en el fondo solo sería un concubinato disfrazado, sino en elevar el nivel económico, moral y cultural de la población".⁷⁰

Debido a las actuales legislaciones, el concubinato tiene muchas ventajas sobre el matrimonio formal, debido a que dentro de éste último las obligaciones de los cónyuges son numerosas: de alimentación, de comunidad, de partición de ganancias, etc.; mientras que en el concubinato, estas obligaciones no existen.

En cuanto a los hijos, dentro del matrimonio la patria potestad se ejerce por ambos cónyuges, mientras que en el concubinato generalmente este derecho solo lo ejerce la madre, y en el Derecho hereditario solo hay diferencia de cuantía cuando concurren simultáneamente hijos legítimos e ilegítimos. Sin embargo, los hijos ilegítimos son discriminados tanto en la religión como en la sociedad, por ello independientemente de la Iglesia, el Derecho de Familia debe encontrar una solución socio-jurídica para impedirlo.

⁷⁰Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Argentina 1960 p. 11

Derecho Familiar Internacional

Si analizamos a las familias, de acuerdo a los diferentes tipos de producción existentes, podremos incluir una infinidad de ellas, según la actividad que desarrollen. Así desde este punto de vista encontramos a la Familia Obrera ó Laboral, que surge cuando el hombre tiene la necesidad de producir bienes de satisfacción diferentes a los proporcionados por la naturaleza, como el caso de la pesca, la caza, el pastoreo, la alfarería, etc. Es tan antigua la participación del hombre sobre estos bienes, que actualmente este tipo de familia se encuentra relegada, formando clases bajo la explotación de la familia burguesa.

En la actualidad, bajo el Derecho del Trabajo y Previsión Social, la familia Laboral se define como un conjunto de personas que realizan un trabajo a domicilio, en el que intervienen las personas de la familia del trabajador a título de colaboradores del mismo. Algunos autores entienden por familia Obrera, a la integrada por el cónyuge superviviente y los hijos de la víctima, siempre que por accidente de trabajo, aquélla haya sido privada de la misma.

Dentro del Derecho Mexicano, encontramos una serie de disposiciones encaminadas a proteger a la familia Obrera con mucha visión y criterio socialista. En el Artículo 123 Constitucional, se atiende en varios de sus párrafos a diferentes medidas de protección en favor de la familia del trabajador respecto de las deudas contraídas por éste y el patrimonio familiar⁷¹, algunas de las cuáles fueron tomadas de la legislación norteamericana, llamada Homestead.⁷²

⁷¹Ley Federal del Trabajo. Ed. Porrúa., México 1993. pp.17-20

⁷²DE LA CUEVA MARIO. Derecho Mexicano del Trabajo. Ed. Porrúa. México. 1983. p. 127.

Derecho Familiar Internacional

En la familia obrera, el Derecho Mexicano, atendiendo a que el Derecho Laboral es un derecho de clase, no distingue en cuanto al vínculo entre hombre y mujer, pues considera como miembros de la familia Obrera a los dependientes económicos del trabajador.

Otra clasificación de la familia, es la Familia de Naciones, entendiéndose por nación "a la suma de los estados agrupados con fines de interés común en algún organismo internacional"⁷³. Para integrar una familia de Naciones, se requiere pertenecer a un grupo mayor, a una sociedad que sea para las naciones lo que la nación es para los individuos. También es necesario que el género humano se apegue a la idea de unidad, sin importar raza, color, religión, idioma ó ideología, y que se admita el principio de la igualdad de los Estados, y se rechace "toda teoría de superioridad de un pueblo sobre otro"⁷⁴.

Al lograr la unión de estos elementos, al igual que en la familia biológica, se requerirá que se integren organismos capaces de proyectar y dirigir a la familia de Naciones, tales como los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales mas adecuados para llevarla al plano internacional.

Actualmente se identifican dos grandes sistemas jurídicos equilibradores de la vida internacional: el occidental y el oriental.

⁷³Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. p. 28

⁷⁴Ob. cit. p. 29.

Derecho Familiar Internacional

Para Quincy Wright hay cinco tipos de asociaciones de naciones: el imperio, representado por el antiguo imperio romano; la ideología universal, ó predominio de la Iglesia en la edad media; el equilibrio internacional, posterior a la edad media; la organización confederal, como la Liga de las Naciones o la O.N.U., y el ideal aun no realizado, de la federación universal.⁷⁵

Los primeros indicios de unidades de naciones, aparecen en Grecia con las colonias Jónicas de Asia. Después Roma da las bases del Derecho Internacional Privado, al celebrar tratados con otros estados. Por último durante la edad media, se crean varias instituciones, principalmente generadas por la Iglesia, para mitigar los rigores de una vida internacional belicosa e incontrolada, así como el Derecho Diplomático desarrollado en las repúblicas italianas, y las normas primarias del derecho internacional, creadas en especial para regular la vida marítima.

Todas estas situaciones desembocan en una etapa de equilibrio político, que se refuerza durante los siglos XVI y XVII al establecerse fuertemente el régimen monárquico y como resultado de la reforma religiosa. Después durante el siglo XVIII aparece una comunidad internacional "aunque no organizada y coincidente con la consolidación del Derecho Internacional. En 1789 estalla la revolución francesa, y en ese mismo año Jeremías Bentham usa por primera vez el término "Derecho Internacional".⁷⁶

⁷⁵Ob. cit. p. 29

⁷⁶GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Derecho... Ob cit p. 83

Derecho Familiar Internacional

Finalmente, durante el siglo XIX se empiezan a reconocer principios internacionales como el de la igualdad jurídica de los Estados, y surge la "soberanía ilimitada" como consecuencia y obstáculo para el desarrollo de aquélla.

Actualmente, las buenas relaciones entre los países dan lugar a una comunidad internacional, que no es una verdadera familia, pues la tecnología armamentista implica un grave riesgo para el individuo.

Algunos estados modernos, y ciertas maneras de gobierno como la monarquía y la dictadura, fueron estructuradas a partir de la antigua Familia Patriarcal. En la antigüedad, en este tipo de familia, imperaba el mando y la decisión del mas anciano o el mas sabio, permitiendo que ésta persona tuviera inclusive derecho de vida entre los miembros de un clan o tribu.⁷⁷

Durante el imperio romano, el poder ilimitado de los jefes de familia fue controlado por algunos reglamentos con cierta ciencia jurídica correspondiente a la época. Las consecuencias económicas, políticas e ideológicas que surgen de este tipo de familia, producen después de un largo tiempo el caos, que antecede a la siguiente etapa que supone una superación a la anterior, llegando así a la época moderna en donde la familia se regía con recíprocos derechos y obligaciones para todos sus miembros, por lo que podemos afirmar que la familia Patriarcal propiamente, ya no existe.⁷⁸

⁷⁷ibidem p. 85.

⁷⁸ibidem p. 85

Derecho Familiar Internacional

La familia Patriarcal fue de lo mas extensa imaginable, pues se incluyen en ella hasta los esclavos. Al evolucionar esta familia, se llega a la familia moderna, cuyos miembros son mas reducidos, y "desde el punto de vista institucional, la familia es un grupo humano compuesto por personas de distintas edades y sexos, entre los cuales, al menos dos de los adultos mantienen relaciones sexuales; poseen residencia común y un fin determinado de cooperación económica"⁷⁹.

Dentro de las acepciones de la familia, existe una, derivada de las técnicas del Derecho Romano: la Familia Emptor, que corresponde a una creación jurídica artificial, en la que se emancipaba el patrimonio familiar a un tercero, para asegurar que los herederos recibieran los bienes.

Los bienes del *deculus* tenían que ser emancipados al *familiae emptor*, para que éste pudiera entregarlos a quienes el disponente indicaba. Pero la transmisión de los bienes en propiedad no se realizaba inmediatamente, porque el *familiae emptor* no estaba obligado al pago de las deudas.

La garantía moral del *familiae emptor* era la *fides* o la confianza de que retransmitiría la propiedad recibida, y esta misma *fides* era la única garantía de los herederos, quienes no tenían acción alguna contra el *familiae emptor*.

Los requisitos para la transmisión patrimonial, a través del *familiae emptor* eran: las tablas escritas del testamento; cinco testigos que debían ser ciudadanos romanos; la venta solemne del testador al *familiae emptor*:

⁷⁹*ibidem* p. 86

Derecho Familiar Internacional

el golpe de la balanza con la barra de bronce, y las palabras del testador, de la transmisión de los bienes.⁸⁰

En resumen, el testamento per aes et libram, consta de dos presupuestos: la mancipatio donde el testador entrega los bienes al familiae emptor para que los entregue a los herederos, y la nuncupatio, en la que el familiae emptor recibe los bienes, para ejecutar la voluntad del testador.

Actualmente, el emptor sería un albacea con obligación de realizar la voluntad de un testador.

Vemos la importancia de las modalidades que la Institución ha ido adoptando a lo largo del tiempo, esto nos da la pauta de la evolución social del grupo en el que habitan, y del grado de civilización que puede alcanzar un pueblo en base a la estructura familiar sólida que tiene. La diversidad en los tipos de familia que hemos revisado, no niega la existencia de la misma, la reafirma, y así como a lo largo del tiempo ha adoptado formas diversas, alrededor del mundo presenta muchas características particulares de cada región, incluso endémicas en ciertos lados, pero la constante es la familia per se, y en base a esto se debe de pensar para poder hablar de la unificación de normas que den integridad a la familia a nivel mundial y sirvan de sustento para que cumpla sus funciones.

⁸⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. p. 29.

La Evolución de la Estructura Familiar.

La familia es un fenómeno universal y tal vez el concepto básico de la vida social.

Sin embargo, las familias se manifiestan de muy diversas maneras y con distintas funciones. El concepto del papel de la familia varía según las sociedades y las culturas. No existe una imagen única ni puede existir una definición universalmente aplicable; desde luego, una de las características principales es su diversidad.

En lugar de referirnos a una familia, parece mas adecuado hablar de "familias", ya que sus formas varían de una región a otra y a través de los tiempos, con arreglo a los cambios sociales, políticos y económicos.

Históricamente, en la mayoría de las culturas la familia ha sido patriarcal, o dominada por el hombre. Cabe mencionar como ejemplo la descripción de la familia que aparece en el Antiguo Testamento, según la cual los jefes de los clanes podían tener varias esposas y también concubinas. Como regla general las mujeres del Antiguo Testamento eran de condición relativamente baja.⁸¹

En la antigua Roma la familia también era patriarcal; aunque no se practicaba la poligamia y la mujer disfrutaba de mejores condiciones, no

⁸¹ La evolución de la Estructura Familiar. Artículo publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Viena 1993, p. 1

Derecho Familiar Internacional

se le permitía administrar sus propios asuntos. La familia romana era extensa y el patriarca tenía autoridad hasta para matar a sus hijos.

En la Europa medieval la familia se regía por las prácticas de la Iglesia Católica Romana y el feudalismo; por lo general, era una familia extensa y dominada por el hombre. En cambio, la mujer musulmana tenía bastante control sobre sus bienes personales.⁸²

La revolución industrial generó grandes cambios en la estructura de la familia. La industrialización y la urbanización trajeron consigo la desintegración de los grandes Estados feudales e impulsaron una profunda transformación de los modos de vida y de trabajo. Muchas personas, sobre todos los jóvenes solteros, abandonaron el campo y acudieron a las ciudades para trabajar en las fábricas. Este proceso llevó a la disolución de numerosas familias extensas.

Al mismo tiempo, el régimen patriarcal fue cediendo terreno lentamente a una mayor igualdad entre los sexos. Empezaron a dismantelar los estereotipos del papel de la mujer y el hombre dentro de la familia; el cuidado del hogar y de los hijos ya no era tarea exclusiva de la mujer, y tener un trabajo remunerado y participar en la vida pública, del dominio exclusivo del hombre. Muchas mujeres empezaron a trabajar fuera del hogar, de la misma forma que muchos maridos comenzaron a compartir las tareas domésticas.⁸³

⁸² La evolución de la Estructura... Ob cit . 1

⁸³ Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

Todavía en la actualidad la estructura familiar sigue su transformación, a medida que la familia experimenta rápidos cambios en todo el mundo. Aunque dichos cambios varían de una región a otra, siempre hay rasgos comunes: familias nucleares más reducidas, mayor longevidad de los miembros de la familia y transformación de las relaciones dentro de la familia debido al cambio de valores.

También hay innovaciones. La formalización del matrimonio está perdiendo importancia, especialmente en Europa, donde ha aumentado la cohabitación sin matrimonio, al menos antes del nacimiento de los hijos. El divorcio ha aumentado en casi todos los países donde está legalizado, y se calcula que una tercera parte de todas las familias son en la actualidad familias uniparentales encabezadas por una mujer.⁸⁴

Las definiciones tradicionales de la estructura familiar se basan en dos tipos principales: la familia nuclear y la familia extensa. Sin embargo, éstas se están transformando, mientras surgen nuevos tipos de familias.⁸⁵

A medida que la sociedad se industrializa y urbaniza, en numerosos países la familia extensa está siendo reemplazada por la familia nuclear, y ésta también está cambiando con los avances en materia de igualdad entre los sexos, las nuevas técnicas de fertilización y los cambios económicos que permiten a las mujeres disponer de fuentes de ingresos independientes.

⁸⁴Loc cit

⁸⁵Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

Al mismo tiempo, los tipos de familias no tradicionales son cada vez mas comunes: es el caso de la cohabitación, de las relaciones entre personas del mismo sexo, de las familias uniparentales y de las familias reorganizadas.

Las familias occidentales modernas se inclinan a crear familias nucleares, en las que dos generaciones - padres e hijos - viven juntas. Aunque los hijos se independicen, el "nido vacío" se sigue considerando una familia nuclear. Las estadísticas muestran que la familia nuclear es mas común en los países con mas alta expectativa de vida.⁸⁶

Las familias nucleares son estructuras muy adecuadas para las sociedades urbanizadas, ya que disponen de movilidad y no necesitan viviendas grandes. Aunque la familia nuclear ofrece varias ventajas, el número limitado de sus miembros la hace vulnerable a presiones internas y externas.

En los años setenta, la cohabitación surgió de una transformación más general de los valores sociales: nuevas actitudes no sólo ante el matrimonio y el aborto. En Europa, por ejemplo, la cohabitación sin matrimonio ha aumentado, al menos antes del nacimiento de los hijos.

Los estudios realizados sugieren que se elige el modelo de cohabitación por diversos motivos. Entre los solteros se alude al matrimonio a prueba, o la oposición al matrimonio, así como la renuencia a comprometerse a largo plazo. Entre los que ya han estado casados también se da la cohabitación cuando es necesario un período de espera, antes de contraer de nuevo má-

⁸⁶Ibidem p. 2

Derecho Familiar Internacional

rimonio o cuando una de las partes no desea un nuevo compromiso legal, después de un matrimonio infeliz.⁸⁷

A nivel mundial, los jóvenes menores de 25 años representan el grupo de edad con mayor porcentaje de mujeres que cohabitan. El porcentaje mas alto se registra en Escandinavia: en los años ochenta, de las mujeres del grupo de edad de 20 a 24 años cohabitan el 28% en Noruega, el 37% en Dinamarca y el 44% en Suecia. De todas maneras, en todos los países respecto de los cuales se dispone de datos, también se han producido aumentos importantes en grupos de mas edad.

La cohabitación puede ser un preludio del matrimonio. Por ejemplo, casi la mitad de las parejas que se casaron en los años ochenta en los Estados Unidos, habían vivido juntos antes del matrimonio.

Al haber mas parejas que cohabitan, aumentan los nacimientos fuera del matrimonio. Estos representaron el 16% de todos los nacimientos de la República Federal de Alemania en 1988, el 26% de Francia ese mismo año, el 27% del Reino Unido en 1989 y el 47% en Suecia en 1990.⁸⁸

Las familias uniparentales se forman tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio, la separación, el abandono o la decisión de la pareja de no vivir juntos. Tales familias presentan grandes diferencias en cuanto a sus condiciones económicas, pero en numerosas ocasiones tienen recursos mas limitados que las familias con padre y madre.

⁸⁷Loc cit.

⁸⁸Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

La mayor parte de las familias uniparentales están encabezadas por una mujer: en realidad, en uno de cada tres hogares del mundo, la mujer es el único sostén de la familia. Pero en el mundo occidental parece estar aumentando el número de familias cuya cabeza de familia es un hombre. Por lo general están en mejor situación económica que las encabezadas por una mujer, la cual es más vulnerable económicamente, pues suele percibir una remuneración menor por su trabajo.

Las familias uniparentales necesitan el apoyo de las autoridades públicas. No obstante, en la mayoría de los países el ordenamiento jurídico y la política van muy a la zaga de los cambios, por lo que las necesidades de las familias no tradicionales no cuentan con apoyo. El aumento de familias uniparentales en todo el mundo supone una dura prueba para el legislador.

En numerosas sociedades se celebran matrimonios polígamos, en los que un hombre contrae matrimonio con varias mujeres o, con menor frecuencia, una mujer se casa con varios hombres. La poligamia está culturalmente aceptada en gran parte de Africa, donde cualquiera puede practicarla siempre que disponga de medios económicos. En el norte de Africa, alrededor del 7% de todos los matrimonios son polígamos, y en Africa central la cifra oscila entre el 10% y el 25%; en Africa occidental un 30% de las mujeres viven en una situación de poligamia.⁸⁹

En determinadas familias polígamas, algunas o todas las mujeres (y a veces los maridos) no viven con su cónyuge, ni la residencia familiar es

⁸⁹ibidem pp. 2-3

Derecho Familiar Internacional

necesariamente la de los hijos. En algunos casos, una sola persona encabeza varias unidades familiares afines.

En muchas partes del mundo la familia es una combinación de varias "moléculas" que forman entre todas una familia compuesta. Si bien una familia de este tipo no es grande necesariamente y, en el caso de un abuelo y un nieto que viven juntos, por ejemplo, es pequeña, por lo general consta de numerosas personas que viven juntas o bien tienen relaciones afectivas frecuentes.

La forma habitual de familia de esta índole incluye tres generaciones, abuelos, padres e hijos que viven juntos. Las culturas que valoran el respeto y el cuidado de los mayores consideran que la convivencia de tres generaciones es la forma óptima de familia.

Muchas veces se dan familias de este tipo cuando la división de la tierra y otros bienes reducirán las posibilidades económicas de todos los miembros de la familia. Por consiguiente, el modelo trigeracional prevalece con más fuerza en las zonas rurales.⁹⁰

La creciente escasez de viviendas en las ciudades ha generado una especie de familia compuesta a la fuerza, ya que muchas parejas jóvenes no tienen otra posibilidad que la de vivir con sus padres. En tales casos se tiende a considerarla un hogar en el que viven dos familias nucleares, que se separan cuando pueden disponer de viviendas independientes.

⁹⁰Loc cit, p.3

Derecho Familiar Internacional

Las familias compuestas solían tener mas arraigo en el campo, y las familias nucleares, en las ciudades. Parecería, no obstante, que se estuviesen produciendo una inversión del fenómeno en muchas partes del mundo. En el campo hay cada vez mayor número de familias nucleares, a medida que los límites productivos de la subdivisión de la tierra reducen la capacidad de autosuficiencia de las familias compuestas. En las ciudades, cada vez es mayor el número de unidades familiares compuestas, que se reúnen como estrategia de supervivencia ante el deterioro de la economía y la falta de oportunidades individuales.

Las familias extensas constan de varias unidades más grandes. Además de tres generaciones, otros parientes (tales como tíos, tías y primos) pueden pertenecer al mismo hogar.

En algunos países occidentales hay quiénes, en lugar de contraer matrimonio, optan por vivir en una comunidad en la que se prestan apoyo mutuamente y varias familias nucleares y personas solteras viven juntas. También hay hogares de parejas o pequeños grupos de mujeres que comparten el cuidado de los niños.

En un plano todavía mas amplio, las familias tribales se establecen generalmente sobre una base mas social que biológica. Varias personas asumen la responsabilidad del cuidado de los niños; las hermanas de las madres biológicas se consideran madres y los hermanos del padre pueden responsabilizarse del niño; muchas veces todos los primos reciben el nombre de hermanas o hermanos. Este tipo de familias muy pocas veces desatienden a los niños, ya que hay abundancia de padres.

Derecho Familiar Internacional

Una familia, cualquiera que sea su estructura formal, puede reorganizarse por motivos de matrimonio, matrimonios sucesivos o cohabitación de personas que tuvieron hijos con otras parejas.

Existen varios tipos de matrimonios sucesivos o matrimonio consensual, después de una o varias relaciones. Puede ocurrir que una o ambos miembros de la pareja tengan hijos que vivan o no con ellos; también pueden tener hijos comunes. De esta manera, los niños pueden tener varios hermanastros y hermanastras, "abuelastros" y otros parientes no biológicos.⁹¹

A la vista de las tasas de matrimonios, segundos matrimonios y cohabitación que imperan en la actualidad, la familia reorganizada es para algunos expertos el nuevo grupo familiar más importante de muchas sociedades.

Los años ochenta han sido escenario del resurgimiento de la inmigración internacional. Entre los países tradicionales de inmigración, los Estados Unidos acogieron más de 3 millones de inmigrantes permanentes entre 1985 y 1989. En Europa se calcula que los doce Estados miembros de la Comunidad Europea recibieron más de 13 millones de extranjeros, de los cuales casi el 60% procedía de fuera de la comunidad. En los Estados productores de petróleo del Golfo Pérsico trabajan millones de extranjeros, principalmente de Asia meridional y sudoriental.⁹²

⁹¹Loc cit.

⁹²ibidem pp. 3-4

Derecho Familiar Internacional

En todo el mundo, un total de 70 millones de personas trabajan, legal o ilegalmente, fuera de su país de origen. Además, millares de familias se han visto obligadas a abandonar sus países por las guerras o las persecuciones. Como consecuencia, las familias tienen que enfrentarse con el cambio cultural, duros procesos de adaptación y la rápida transformación de las relaciones interpersonales dentro de la familia.⁹³

Pero la familia migrante también es un claro ejemplo de la familia como fundamento de identidad, como centro afectivo y fuente emocional y como proveedora de apoyo en momentos de crisis. La familia migrante es testimonio de la importancia de la familia en el mundo actual.

Si bien todos estos profundos cambios de la estructura familiar, pueden considerarse síntomas de declive, también se puede decir que la institución de la familia, a pesar de todas las presiones y dificultades que ha enfrentado, ha dado muestra de una excepcional vitalidad y flexibilidad. No sólo no desaparecen los valores de la familia, sino que están surgiendo nuevas formas de vida familiar para hacer frente a los problemas del mundo moderno y tratar de establecer las maneras más eficaces de equilibrar los derechos individuales y las obligaciones sociales.⁹⁴

⁹³Loc cit. p.4

⁹⁴Fuente: Family and Functions, Occasional Papers Series, No. 2, Naciones Unidas, Viena 1993, p. 1-5

VII. FUTURO DE LA FAMILIA ANTE LOS NUEVOS RETOS EMERGENTES

Hay en el mundo fuerzas demográficas y socioeconómicas poderosas, que están cambiando la estructura de la familia. Las poblaciones y las familias están envejeciendo; hay cambios en el tamaño y composición de los hogares; las personas se casan y tienen hijos a una mayor edad; el aumento de la esperanza de vida de la mujer tiene efectos cada vez más importantes. Esos cambios y muchos otros, tendrán consecuencias de largo alcance para los sistemas de seguridad social, las economías nacionales y las sociedades en conjunto.

Todo esto derivado de un creciente oleaje de incertidumbre ideológica y de inestabilidad mundial. La confusión de valores y algunas políticas mal llevadas, crearon convulsiones y errores de efectos enormes.

El Moderno Estado Benefactor (Modern Welfare State), empezó a ganar adeptos, y se fué adentrando más la idea de la estatización de la familia. Este proceso, no como un medio que impidiera la libertad y la libre decisión de la misma, sino como una envoltura exterior de la familia que creaba el Estado mismo era cubrir las carencias que el desgaste de la institución presentaba por el transcurso del tiempo. Esta idea nace en la Prusia Guillermina, vuelve a cobrar fuerza a mediados de este siglo en Inglaterra, y el auge del socialismo en la década de los sesentas vigorizan esta pos-

Derecho Familiar Internacional

tura, que se vuelve general e inexcusable en los países con sistemas jurídicos románicos y los de tradición del Common Law.⁹⁵

Esta tendencia aún viva, no viola la costumbre, ni la convivencia con las normas religiosas aun presentes, sino señala bases que aseguren la formación de la familia; el error ha circundado en que no se ha procedido de igual manera en todo el mundo, ni siquiera en todos los países donde se ha presentado este movimiento. La oleada de la misma no ha logrado aún los efectos suficientes para cambiar la normatividad existente.

De hecho hoy día, el Estado se involucra más en asuntos familiares que antes; no puede dejarlos a un lado, la gente ha volteado a mirar por sus carencias hacia el Estado y no a la familia u otro grupo social, agencias gubernamentales, en países industrializados sobre todo, se han adentrado mas en los problemas causados por las carencias económicas en las disoluciones familiares o el abandono de menores, en acciones formales o informales. La creación de dispensarios, ayuda social, recreativa, etc., son armas de burócratas para lograr ganar adeptos. Lo cierto es que si bien esta ayuda es necesaria e indispensable, la labor de concientización e identificación familiar no ha sido bien conducida y esto ha contribuido a debilitarla.⁹⁶

Debido a esto, la familia ha perdido muchas de sus funciones frente a una serie de instituciones impersonales, por lo que el poder del Estado ha minado la agrupación de la familia, y ha aumentado el aislamiento y la pri-

⁹⁵MILNER, SUSAN. *The Dilemmas of Internationalism. French Syndicalism and the International Labour Movement*. Edit. Berg Publisher Limited. Worchester, U.K. 1990, pp. 23-24

⁹⁶GLENDON, MARY ANN. Ob cit. "State, Law, and Family". p. 324

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Derecho Familiar Internacional

vacidad de familias unipersonales. El Estado trata de proveer asistencia en los peores aspectos de inseguridad que atenten contra el nivel de vida mínimo del individuo, pero en ocasiones, muy frecuentemente, no de la familia.

Los intentos por acabar con la pobreza, no siempre han tenido el mejor éxito con la familia. La situación de ésta va mas allá de los promedios de vida, que reflejan las cifras económicas. No se puede sustituir la función educadora de la familia, así como la afectiva con un nivel de vida mas elevado. La responsabilidad de la estabilidad y del progreso, radica en el individuo; un individuo dentro de la sociedad; pero formado dentro de la familia. Aquí entramos en un valor ambivalente y compensatorio, pues la familia moldea a los individuos que integran la sociedad, pero la sociedad limita a la familia en sus funciones dentro de ella, por ejemplo las diferentes formas de trabajo, de entretenimiento o de actividades educacionales en las que ya no entre la familia como grupo, sino individuos como actores.

Esta tendencia futurista de desintegración familiar, por el fortalecimiento del individuo, no será generada solo por la intervención de Estado, al contrario, creemos que esta es benéfica; pero debe estar orientada a la integración de la mujer en el trabajo del hogar, y a la compatibilidad del trabajo del hombre con el de su propia casa.

No debemos ser tan radicales, y oponer lo que ha sido mal llevado como la causa del padecimiento. La estatización de la familia tiene sus avances, y mañana se debe reorientar, pero no perderlos. La desregulación de la

Derecho Familiar Internacional

institución empieza a cobrar fuerza en algunos países del primer mundo; pero perderíamos la seguridad jurídica y la organicidad institucional legal de la familia, dejándola a la suerte de las normas sociales para regirse. Las familias solo estarían unidas por lazos humanos afectivos, y esos son muy débiles. Por lo cual preferimos que el Estado siga con su pretendida labor de intervención, y quizá de las normas bien realizadas, se contagian los actos humanos que no van de acuerdo con la familia.

Otra idea que penetra con mas fuerza cada vez, es la del individualismo. Con el debilitamiento de la doctrina comunista, y la caída de los regímenes que la ostentaban como propia, la corriente liberalista se autoproclamó victoriosa de la contienda. Pero a decir verdad, la gran oposición a esta teoría, no se libró este siglo, ni combatió ante la izquierda Marxista, su gran triunfo lo edificó ante la doctrina canónica-romantística en el siglo dieciocho y diecinueve. El liberalismo defendía una óptica comunitaria, sustentada en el bienestar personal.⁹⁷

Radicamos aquí el problema de la igualdad y la equidad, que pregona el liberalismo. La parte social no se olvida, pero en realidad es muy difícil aplicarla y poder hablar de un liberalismo social que compagine las dos doctrinas.

La pregunta que surge, es el liberalismo individual está de verdad superado con las nuevas tendencias de seguridad social, o plenamente salvado con la legislación de Derecho Familiar que existe en los diferentes países.

⁹⁷BUSNELLY, FRANCESCO DONAO. Esperienze Straniere e Comparative. La famiglia nella Cultura Giuridica Europea. Rassegna di Diritto Civile. Ed. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, Italia. 1984, p. 155

Derecho Familiar Internacional

Máxime que individualismo liberal se presta a ser valorado con suficiente proximidad al individuo social, tomando en consideración tres aspectos particularmente significativos referentes a la libertad y en el caso de la familia, atañen a la libertad de abortar, de divorciarse y de convivir en la forma que sea.⁹⁸

Teniendo esta idea, la contraponemos a los puntos concluidos en una conferencia de países de Europa del Este sobre Derecho Privado, celebrada en Budapest en octubre de 1981, la cual concluyó : "la estabilidad del matrimonio y de la vida familiar es interés de los miembros en particular de la familia, de la familia como comunidad y de la sociedad interna; la convivencia de hecho no puede ser equiparada y mucho menos identificada con la familia fundada en el matrimonio; el divorcio no puede considerarse como un asunto puramente personal, y el Estado no puede ser neutral en esta materia".⁹⁹

La disyuntiva social trata de ser adherida a un liberalismo egoísta y salvaje, que difícilmente forma su rigidez con la intención social de familia. En la conferencia comentada; se dijo que el interés de la estabilidad del matrimonio, se deriva de la importancia que éste tiene en la familia, y ésta en la sociedad; en los países socialistas es la base para perpetuar el desarrollo de la estructura de la sociedad socialista, además de contar con ello un distinción del mundo capitalista, para evitar los sucesos que en este último, causaron la crisis de la familia.

⁹⁸Ob cit. p. 57

⁹⁹ibidem. p. 162

Derecho Familiar Internacional

Estos ideales de sociabilidad, que pretendían ser nuevos, no eran otra cosa que incorporar los viejos valores preliberales, que impidieran el proceso de emancipación económica del individuo de la familia, lo que marcaba una falta total de valores en el mundo por parte de ambas ideologías, que ponía en peligro la familia.

Esta verdad no se puede negar, ni para el Este ni para Occidente. Las dos ideologías reinantes, con diversas motivaciones ponen en crisis los valores tradicionales, evidenciando su grado de inadaptabilidad a la realidad social actual, sin ser capaces de sustituirlos.

Un intento por conciliar la exigencia de la modernidad y el respeto de los valores tradicionales, en este caso del Islam, es el Código Familiar de Argelia, puesto en vigor el nueve de junio de 1984, el cual es un código centrado en la disciplina de la familia legítima y partidario de una interpretación restrictiva del principio del Corán en el tema respectivo al matrimonio; un código que en su artículo dos define a la familia como: la célula base de la sociedad, precisando en el artículo sucesivo que la familia es el apoyo fundamental del modo de vida, sobre la unión, la solidaridad, el acuerdo, la sana educación, la moral, y el principal medio de eliminación del mal social.¹⁰⁰

Así se debe orientar a la familia hacia una idea nueva, para que lo sea no por negación de los valores anteriores, sino por la intención de incorporar la realidad social a estos principios que le han dado cohesión y existencia

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 163

Derecho Familiar Internacional

a lo largo de la historia, con una tendencia neutral de la modernidad, *versus* la tradición.

Regresar a los valores tradicionales, no significa, naturalmente, restaurar todos los conceptos legislativos; pero una mirada hacia aquellos que han deformado el núcleo esencial de tales valores y que han minado la autoridad interna de la familia, inculcando y exagerando los espacios de libertad, dentro de la misma.

Hay que ponderar los grados de las limitaciones del liberalismo, la idea individualista; una muy importante contribución del mismo *fué* la superación de la idea autoritaria y publicista de la familia, fortificando la garantía de igualdad y de libertad de los *cónyuges* en los asuntos internos de la familia, que pretendía fomentar la responsabilidad de cada uno de los miembros, en un ámbito comunitario.

Para terminar, debemos entender esta realidad comunitaria y social; para que no enemiste lo viejo, de lo nuevo, lo individual de lo social. Debemos alejar la idea de la felicidad individual, que en cualquier caso no será un viaje sin retorno, sino un viaje sin dirección.

La diversidad de los problemas que enfrenta hoy la humanidad, requieren repensar esta situación. Al lado del desquiciamiento de las ideologías, los problemas de fecundidad, cambio en el tamaño de los hogares, en las formas de asociación, de movimientos demográficos, hacen del futuro de la familia un destino pesimista. No es que la postura sea perdedora frente

Derecho Familiar Internacional

a los retos que hay que enfrentar, pero sí debe ser conciente para no perderse en la inutilidad y debilitamiento total de la institución.

La variada configuración demográfica del mundo, influye profundamente en la estructura familiar. En las regiones donde predomina la población joven, seguirá aumentando el índice poblacional: la demanda de educación, empleo y servicios sociales. En el otro extremo, los envejecimientos poblacionales, en otros espectros del planeta, pondrán a prueba los planes de salud y jubilación. Para darnos una idea de lo anterior, basta mencionar que gran parte de los países de Africa y de Asia meridional y occidental, la estructura de edades es muy joven, la mayor parte de la población (poco mas del cincuenta por ciento) son niños de quince años; por otro lado el aumento de la población de edad avanzada de sesenta y cinco años o más, crecerá en 250% respecto del 90í, casi todos residentes de los países industrializados.¹⁰¹

Con aumentos tan fuertes, las exigencias de recursos para programas de seguridad social, vivienda, seguro, etc. se incrementará en muy alto grado. El problema planteará cuestiones políticas para los diferentes estados. Más aun, otra consecuencia del envejecimiento de la población, será el aumento de la relación entre la población activa y la dependiente, lo que restará fuerza a las economías hoy fuertes.

Se ha incrementado la duración de la viudez, pues la esperanza de vida en los hombres va a la zaga de la de la mujer, pues aquéllos tienen mas

¹⁰¹ Las Tendencias Demográficas y la Familia. Publicaciones del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Noviembre 1993. p. 1

Derecho Familiar Internacional

edad en el momento del matrimonio, lo que ha dejado a la mujer en una situación vulnerable en muchos países. La mayor parte de las mujeres han tenido que salir a buscar trabajos, dejando la crianza de sus hijos, muy descuidada.

En los países industrializados, las tasas de natalidad han seguido disminuyendo, hasta un nivel de reemplazo, y en los subdesarrollados, en particular de América Latina y Asia, se ha iniciado un proceso de rápida disminución de las tasas de natalidad, con el resultado de una disminución en el número de miembros que integran el hogar. En los países industrializados, excepto en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el tamaño de los hogares disminuyó, por ejemplo, Estados Unidos tuvo un descenso de 3.1 personas por hogar a 2.6 personas en 1990, incluso China bajó 0.4 personas en la misma estadística.¹⁰²

En Asia meridional y occidental y algunos países de Africa, se incrementaron estas cifras. El número de hogares unipersonales ha crecido a causa del creciente índice de personas jóvenes no casadas, o que viven solas, en países industrializados sobre todo, lo que muestra la crisis familiar que se vive en esos lugares.

Tales tendencias tienen relación con la retardada edad con la que ahora se contrae matrimonio, en los países industrializados y en los que están en desarrollo. En estos últimos, un factor importante ha sido el aumento en los niveles de educación en las mujeres, tomando en cuenta que se suele aplazar la edad para el matrimonio, cuando la depresión económica aqueja

¹⁰² Las Tendencias... Ob cit. p. 3

Derecho Familiar Internacional

a los países, debido a que las necesidades aumentan en los hogares y existe un deseo de adquirir experiencia laboral y estabilidad económica, antes de tener hijos.

En muchas regiones, las mujeres tienden a tener hijos mas tarde, especialmente en Europa Occidental, donde el promedio de edad del primer hijo es a los 29 años, otras simplemente se deciden, a no tener hijos.

Son trascendentes los cambios en las formas de asociación familiar. En los países cuyo crecimiento demográfico ha sido negativo durante algún tiempo, ha habido un aumento en las formas nuevas de asociación familiar, como las de segundos matrimonios, las uniones consensuales y los hogares encabezados por un solo progenitor.

Es posible que se inicie una tendencia similar en las poblaciones urbanas de Africa, Asia y América Latina, donde las tasas de fecundidad ya han empezado a disminuir rápidamente.

En Europa central y oriental, la rápida adopción de los comportamientos propios de las sociedades de mercado, podría traer aparejados los mismos cambios en las formas de asociación familiar, pero quizá con efectos graves, pudiendo acarrear un debilitamiento en los sentimientos de responsabilidad, hacia las personas más desfavorecidas. Los cuales tienen consecuencias importantes para la presentación de seguridad y el bienestar de algunas personas, en particular los ancianos, los niños, los impedidos y los enfermos crónicos. Esto es especialmente cierto en los países donde la

Derecho Familiar Internacional

familia y la comunidad son todavía los principales miembros para dar seguridad a las personas.¹⁰³

Otro hecho que es un factor importante que moldea hoy la estructura familiar, sobre una parte importante de la población es el problema de los refugiados. Basta mirar las cifras dadas a conocer por Naciones Unidas, que hablan de cerca de treinta millones de desplazados¹⁰⁴.

La mayoría de estas personas huyen de la guerra o de persecución en su país, haciéndolo como unidades familiares, y las mujeres y los niños constituyen la mayoría de los que buscan amparo. En situaciones de emergencia pueden huir familias enteras, o puede ocurrir que los varones traten de poner a salvo a su mujeres e hijos, quedándose ellos para cuidar de sus tierras o pertenencias., dependiendo del grado de peligro que presenta la situación.

Quienes se encuentran en esta situación enfrentan primero el peligro de la muerte; los que logran sobrevivir, no escapan de un trauma psíquico. La violencia de los elementos naturales que enfrentan las personas que huyen, suele diezmar a las familias, en ocasiones no queda vestigio alguno de grupos enteros, que se ven obligados a abandonar sus hogares.

Las familias de refugiados tienen que superar el trauma psíquico que supone la separación de su país de origen y de sus familiares y amigos; en los comportamientos que se han observado en distintos campamentos de

¹⁰³Loc cit. p. 3

¹⁰⁴Fuentes: FAO, ACNUR, OMS (1990-1994)n/p

Derecho Familiar Internacional

refugiados, en muy variadas partes del mundo, se ha notado que los pobladores son víctimas de depresión, suicidio, drogadicción alcoholismo, delincuencia y hasta absoluto, sin embargo, los problemas de salud eran los menores, la magnitud de los problemas psicológicos era remarcable¹⁰⁵.

Las familias se ven obligadas a depender en mayor o menor medida de la caridad ajena, pero los refugiados que reciben ayuda de la asistencia internacional, suelen necesitar ayuda de amigos familiares, comunidades o gobiernos. Encontrar trabajo es punto menos que imposible, aun cuando cuenten con formación profesional; las dificultades se agravan para las mayorías de las familias encabezadas por mujeres, las madres que tienen que cuidar a sus hijos mal pueden buscar trabajo, en su intento, son víctimas de violaciones, acosos, robos, etc.

Las estructuras familiares sufren modificaciones en la medida en que las funciones tradicionales son objeto de cambios. Las mujeres siguen preparando los alimentos, recogiendo leña y cuidando de los niños, pero esto solo como cabezas de familia de facto. Los maridos cuando permanecen junto a sus familias, son incapaces de cumplir con su papel de sostén, provocando esto violencia en la familia o abandono del hogar. Por tales razones, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ha establecido programas encaminados a prestar asistencia a los trabajadores refugiados para que cobren conciencia de los cambios socioeconómicos que han operado en la comunidad, para ayudar a la adaptación familiar.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Familias que buscan amparo. Publicaciones del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Noviembre 1993. p. 1

¹⁰⁶ Familias... Ob cit. p. 2

Derecho Familiar Internacional

Los niños suelen adaptarse con mayor facilidad, aprenden el idioma y suelen servir de comunicación entre sus padres y el nuevo contexto al que han llegado. Sin embargo esto puede mas adelante presentar problemas entre las generaciones.

Cabe señalar que a pesar de la crisis que se desata en la familia que opta por buscar amparo, esta sigue siendo una fuente insustituible de fortaleza. Los familiares colaboran cuidando a los niños y colman el vacío que causa la ausencia de otros miembros. El propósito compartido de la vida familiar proporciona un punto de referencia fijo en una existencia sobre la que se cierne la inadaptación, el desarraigo y la inseguridad.

La familia en extensión, supone en donde se da, una red de parentesco de particular importancia (en Africa por ejemplo donde se trazaron fronteras de manera artificial por las autoridades coloniales, o en lugares como el Oriente medio en el caso de los curdos) los refugiados suelen encontrar acogida en comunidades de su propia tribu o clan. Los gobiernos prestan ayuda, los jefes y las comunidades también.

Los refugiados han dado muestras de notable capacidad de recuperación y de compasión al contribuir a la población de familias deshechas.

La familia así se vuelve a situar en el punto clave de desarrollo de sociedad, por precaria e inusual que ésta sea. El apoyo a las familias no se debe situar solo en la atención a las necesidades básicas para la supervivencia, alimentación, vestido, albergue y atención médica, pues los refugiados tienen mayor posibilidad de ser productivos e independientes si el

Derecho Familiar Internacional

apoyo que reciben se convierte en una modalidad de asistencia para el desarrollo, vinculándolo con las actividades de socorro

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DEL DERECHO FAMILIAR

I. NOTICIA HISTORICA SOBRE GRECIA.

El derecho familiar Internacional ha estado presente en todo momento de la historia del hombre, al referirnos a él como una nueva esfera de estudio del derecho, estamos negando la existencia propia de la familia en la vida del ser humano a través del tiempo, y con ello de la sociedad misma

No debemos hacer depender el inicio de este marco de realización, a la constitución del estado moderno en el siglo XVII, ya desde aquellos inmemoriales tiempos de los imperios antiguos, se presentaban en la vida entre los pueblos, pactos, usos, tratos, que permitían la convivencia de las familias entre grupos de diferentes civilizaciones.

Ejemplo claro de estas escenas históricas, las situamos en los tiempos anteriores a la helenística, donde el choque de dos importantes culturas produce el amalgamamiento sin precedentes, que permite la expansión de la cultura griega y da paso a la época helénica. Ahí yacen vestigios del derecho familiar Internacional, cuando Alejandro, con el afán de estatuir la fundición de las culturas, dicta disposiciones que permitan la unión de sus hombres con mujeres persas, les brinda protección a las familias que se crearon, y comienza así a extenderse la cultura griega por el oriente.

Derecho Familiar Internacional

No se puede realizar un estudio cierto de hechos en el pasado, cuando se dejan a un lado circunstancias influyentes en el contexto en que se desarrollan, razón por la cual, es preponderante observar el desarrollo de la familia en la vida de los Estados, herramienta que nos señalará el camino y nos permitirá abrir puertas, que confusamente ha permanecido cerradas, al no entender los lineamientos sobre los que se ha regido la familia.

Aristóteles al realizar su estudio sobre las constituciones de unas ciento cincuenta y ocho ciudades-estado, hace un esfuerzo por igualar, en sus concepciones políticas, varios rubros que dieran por resultado una constitución única, como el la llamaba "ideal" en su tratado sobre la política¹⁰⁷. En ella, existen varios preceptos concernientes a la familia, entre otros, lo que nos señala ya la existencia de la concepción de este Derecho Familiar Internacional, que trascendiera el ámbito interno de las ciudades-estado de aquel entonces.

No olvidemos, respecto de lo mencionado en la conjunción de persas y griegos, que Aristóteles fue el tutor de Alejandro en su infancia, por lo que muchos de sus lineamientos, como el citado, se explican por la idea que el maestro había concebido, como producto de su estudio racional de las instituciones políticas y jurídicas de su tiempo.

Para entender estos caminos entrelazados de aquellas sociedades, y de las estructuras del Estado actuales, tenemos que hablar de los rasgos sociopolíticos de estas unidades. Para captar mas claramente, como se pre-

¹⁰⁷CARLTON J.H., Hayes. Historia de la Civilización Occidental. Ed. Ediciones Rialp, S.A.. Iª Parte. Madrid España, 1967. pp. 41-42.

Derecho Familiar Internacional

sentan las relaciones entre las ciudades que se pueden encuadrar dentro de un antecedente del derecho Internacional. Mas específicamente, en temas centrales de asuntos familiares.

La unidad política en que culminan estos modelos de organización social, se origina como consecuencia de dos líneas de evolución. La primera parte de una serie de comunidades naturales, que evolucionan a partir de fórmulas de convivencia social del tipo de las polis; y se desarrolla con base en el surgimiento de unas superestructuras de poder que engloban una pluralidad de unidades básicas derivadas hacia situaciones de liderazgo más o menos estables.¹⁰⁸

La primera línea de evolución la relacionamos a un conjunto de personas que organizan su vida en común, de acuerdo a una serie de reglas concretas; la idea central se sitúa en las nociones de la polis, y se estructura en torno al tríptico libertad, religión y derecho.

La segunda expresa la tendencia a federar unidades de carácter reducido, en torno a un núcleo de intereses comunes y bajo la jefatura de una ciudad-estado concreta. Existencia de lo anterior, que puede explicarse en un mundo de caracteres y problemas comunes a toda la Hélade, con reincidencia del problema exógeno ejercido por la presión perso-macedónica.

Se vislumbra un tipo de organización política, basada en la existencia de un poder centralizado, a partir de las monarquías helénicas del siglo III

¹⁰⁸TENEKIDES, J. *Derecho Internacional en las Comunidades Federales de la Grecia de las Ciudades*. Edit. R.C.A.D.I. Barcelona, España. 1956. p. 491

Derecho Familiar Internacional

a.C.; advirtiendo además, la primacía del elemento personal sobre el territorial. La imagen nuclear de la ciudad, enmarca una idea de libertad, apoyada en el Derecho para el grupo que la forma.

En este sentido, la doctrina llama comunidad internacional a un orden de cosas (Estados-nación) en el cual el territorio ocupa un lugar especial (sobre todo a partir de los tratados de Westfalia 1648), y donde la concepción territorial del poder, fundamenta la tendencia tan característica del Estado moderno, a encerrarse celosamente en sí mismo y a excluir toda manifestación de una soberanía extranjera; podemos identificar en este momento, un Derecho que atiende a los sujetos, en cuanto parte de una polis, con un sistema que es preponderantemente personal, donde su ámbito de aplicación se circunscribe exclusivamente a los ciudadanos, y donde el papel del elemento territorial le correspondería a la noción de ciudad-estado, es decir, al conjunto de ciudadanos ¹⁰⁹. De esta manera, sí podemos hablar de un derecho Internacional, en las relaciones jurídicas que desarrollan las Ciudades Estado entre sí, entendiéndolo que los límites de base espacial y personal que estamos habituados a operar, fueron distintos.

Por lo anterior, se debe vislumbrar el Derecho Internacional en Grecia en dos campos bien delimitados: por un lado el Derecho Internacional Regional que regiría las relaciones entre las entidades soberanas de la Grecia de las ciudades y; de otro, un Derecho Internacional General, regulador de las relaciones entre éstas y los pueblos fuera del mundo heleno¹¹⁰.

¹⁰⁹ESPINAR VICENTE, JOSE MARIA. *Algunas Consideraciones en Tomo al Desarrollo Histórico del Derecho Internacional Privado en la Grecia de las Ciudades*. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Junio, 1981. p. 551

¹¹⁰Ob cit. p. 552

Derecho Familiar Internacional

Una vez identificados los matices que el Derecho internacional de aquel entonces revestía, no podemos olvidarnos de la incidencia del elemento religioso sobre la conformación de los aspectos sociales y jurídicos de la vida ciudadana; las creencias religiosas entraban como contraparte sobre algunos asuntos jurídicos, fungiendo como mediador entre la negación de la ley y la aceptación contraria, por parte de la sociedad. Razón que ayudaba a establecer contactos capaces de trascender lo puramente comercial y configurar relaciones familiares, tales como el matrimonio, las sucesiones, etc.

Un ejemplo claro, lo situamos en el tratamiento los extranjeros, donde la religión actuaba de una manera bifurcada; negación en primera instancia, de acceso a las estructuras jurídicas de la ciudad, pues esto se precedía de la prohibición a los extranjeros, de participar en los cultos. Por otro lado, la parte positiva, sobre la que actuaba la religión, la tenemos en figuras como la del *hospitum*, que religiosamente arraiga la creencia de que el peregrino, era objeto de una especial protección divina.

En cuanto al nivel jurídico, el factor religioso supondría, de un lado la sacralización de determinadas relaciones intraparticulares, mientras que de otro, provocaría un despreocupación respecto a situaciones y relaciones que no recibían mucha atención religiosa. Incluso la celebración del matrimonio, que tuvo tanta importancia en la vida del pueblo egipcio, representó solo en el plano social griego, una ceremonia poco importante, dejada a la libertad de los contrayentes en Grecia, pero que de alguna manera, no desconocía la importancia de las costumbres extranjeras.¹¹¹

¹¹¹Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

Debemos recordar la importancia que tuvo el comercio en la vida de la polis griega, actividad que acarreó el nacimiento de un tráfico de enorme incidencia, tanto sobre el movimiento internacional de las personas cuanto a las relaciones de cooperación entre las estructuras políticas autónomas, pero sobre lo que hacemos hincapié, es en el tráfico de personas, que ubica el problema de los extranjeros, como algo cotidiano e importante.

La similitud cultural entre las polis, como lo descubre el análisis que realiza Aristóteles, de las constituciones vigentes, considera un marco de afinidades étnicas culturales y religiosas, formando unidades políticas más amplias, además que la autonomía jurídica de la polis llevó a una pluralidad de derechos de contenido muy similar, en la medida en que respondían a premisas y necesidades homogéneas; esto no significa que la similitud corresponda a normas iguales, sino que como era regla en la cultura greco-romana, no se afectó la organización jurídica interna de las unidades integradas.

El tráfico externo entre el Egipto helenístico y la Grecia, tenía prácticas de solución, que atendían a la entrada del extranjero a la polis, su posición dentro de ella y los contratos jurídicamente relevantes que mantiene con los ciudadanos. La doctrina suele centrarlos en las actividades comerciales, el derecho a poseer inmuebles, supuestos contenciosos entre ciudadanos y extranjeros, pero de relevancia en nuestro tema, el derecho a la residencia y a contraer nupcias.

En estos aspectos, la relación de vocación estable entre el ciudadano y el inmigrado, principalmente matrimonios, debieron de solucionarse a tra-

vés de dos caminos: por un lado las técnicas de asimilación en grado de politei, que era una equiparación en ámbito de los derechos privados, y la isopoliteai, que además de la anterior, extendía la posibilidad de ejercer ciertos derechos públicos; por otro lado, esta mecánica de solución, derivó a pactos entre las ciudades, las cuales unilateral o multilateralmente, se reconocían derechos entre sí.¹¹²

Es en este último punto, sobresale de manera notable, el antecedente del Derecho Familiar Internacional. Tal es el caso del tratado entre Sardes y Efeso. O la defensa de Isócrates en el asunto conocido como la Egi-nética, en el cual se defiende un derecho sucesorio, y en el que se invocan las legislaciones de otras ciudades y tratados existentes entre ellas, para lograr la solución de este asunto; la controversia radicaba en el otorgamiento de todos los testamentos en diferentes ciudades, en una de las cuales se encontraba el patrimonio del de cuius, y en otra reclamaba, una hija del mismo, la validez del testamento¹¹³. Para no ahondar en el caso particular, nos quedamos con la idea, de que tal situación no se resuelve con los procedimientos que se seguirían en derecho Internacional privado, sino que recurren a lineamientos internacionales para solucionar el problema; es irrefutable esta intención de extender el ámbito de aplicación del derecho, al encontrarse con la limitante que representaba el conflicto familiar, que tenían enfrente, la manera de actuar sugiere ese deseo que hoy traemos a colación, y que muestra claramente, la presencia del Derecho Familiar Internacional.

¹¹²Ob cil.p . 558

¹¹³Ididem pp. 562-564

Derecho Familiar Internacional

Terminando con este periodo de la historia, es importante aclarar que los espacios localizados en las situaciones de jure, no han sido fáciles de encontrar. Incluso para quienes no entienden el carácter autónomo del Derecho Familiar y que sustentamos en esta tesis, es factible caer en la confusión de no ver el Derecho Familiar Internacional como algo vivo y latente, sino mantenerlo dentro de las discusiones ya superadas, en cuanto a Derecho Civil y Derecho Familiar, por lo que con tales consideraciones, no extraña que lo planteado respecto a Grecia sea visto como parte del Derecho Internacional Privado.

No olvidemos, que la extranjería es la determinación de los derechos y libertades que pueden gozar los no ciudadanos¹¹⁴; dentro de éstos, el derecho a la protección de la integridad física y patrimonial del individuo, el derecho a acceder a la justicia, junto con el de contraer nupcias y la posesión de inmuebles, constituyen las cuestiones claves de este aspecto jurídico. Hipótesis que entran siempre bajo la tutela del Derecho Familiar en el ámbito local, mucho mas es de considerarse que estos temas sean de importancia relevante para el Derecho Familiar Internacional. Lo encontramos presente en Grecia. Desde entonces, es cuidado por este mundo del derecho; su objeto de estudio no se divide en el tiempo en que se revisa, sino que si desde entonces los estudiosos del Derecho Internacional privado, lo agazapan en su seno de estudio, es porque desde entonces estas personas han confundido, el campo en que la extranjería debe recaer, que no es otro que el Derecho Familiar Internacional.

¹¹⁴ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. Edit. Porrúa 10ª ed. México D.F., México 1992. p. 361

II. NOTICIA HISTÓRICA SOBRE ROMA.

La familia en Roma fue de origen patriarcal. Se constituía por los descendientes agrupados en torno de su antepasado común. La mujer casada forma parte de la familia como si fuera una hija. Sobre este grupo, el patriarca tiene una autoridad que llega hasta el derecho de vida y muerte. Solo él, es propietario de sus bienes.

El poder de Roma y su vida prolongada se fincó en esta organización; sin embargo, se vio corrupta por la afluencia de riquezas y la disolución de sus costumbres, conduciendo al desplome de la familia. Junto con las circunstancias que propiciaron la caída del Imperio Romano, no puede desconocerse la crisis de la figura familiar; la anarquía que debilitó al imperio, fue antecedida por la que experimentó la estructura de la familia.

Y así como el imperio se ve amenazado por la aparición del cristianismo, como fuerza e ideología opositora a Roma; la familia ve menguada la autoridad del pater familias, con la reivindicación de algunos derechos de libertad que se ampliaron; la mujer ya no entra bajo la tutela del patriarca, por lo que se multiplican los divorcios.

Augusto trató de recuperar la fuerza en la institución familiar, instrumentando reformas que persiguen incrementar la natalidad que había disminuido en gran escala. Se crean medidas a favor de las familias numerosas y, se efectúa una férrea lucha contra el adulterio.¹¹⁵

¹¹⁵ MAZEUD, HENRY Y LEON; MAZEUD, JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, v.1 Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1959, p. 29

Derecho Familiar Internacional

Con Constantino, al aceptar la religión cristiana, entran nuevas consideraciones de la familia. El problema radicó en que las antiguas visiones de la misma, no habían desaparecido y, lo malo que quedaba de ellas, junto con la confusión que trajeron las nuevas ideas, aceleraron la decadencia de las instituciones.

A lo anterior hay que agregar algunos puntos importantes. Primero que la familia constituía el elemento político mas poderoso y único de la sociedad. De igual forma en la antigüedad greco-romana, se minimiza al individuo como ente dentro de un organismo social, pues se encuentra absorbido casi en su totalidad por el grupo que integra y no advierte aún la fuerza de su personalidad; hecho que hará hasta el romanticismo y que plasmará siglos después, con la llegada del liberalismo.

Con tales consideraciones, podemos observar una lucha en los tiempos antiguos entre la familia, la sociedad (ciudad) y el individuo. En Grecia la preponderancia en la vida de las ciudades fue determinante; Roma, al agrandar su marco jurídico en las relaciones privadas, concentra más su atención en la familia y con el cristianismo, empieza a cifrar su observancia en el individuo, y con esto minarán la estructura de la familia romana.

El individuo nada es por sí mismo. No goza de valor ni seguridad, sino por el apoyo que le prestan los suyos; su fuerza, sus recursos, le vienen de la familia, por ser un lazo estrecho de solidaridad, el que lo une a ella.¹¹⁶

¹¹⁶GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO. Historia y legislaciones de las Legítimas Fuentes Antiguas. Edit. Talleres Gráficos Luis Rubio. Buenos Aires, Argentina. 1940. p. 18

Derecho Familiar Internacional

Las familias como defensoras de la integridad social, concentraban todo el orden colectivo. Esta es una forma de sociedad indestructible e indivisible, dentro del Estado, como una unidad económica; para ser mas claro, una micro-empresa, que da vida económica al Estado y fundamento al motor de su existir.

Las leyes civiles, se muestran como los instrumentos del patriarca, junto con sus órdenes supremas a voluntad. Aun después de la organización legislativa del Estado, las leyes tienen una aplicación limitada, y están basadas en las costumbres o textos codificados que se dirigen a las familias y no a los individuos, concentrando usos de los grupos sociales.

De aquí, que si queremos emplear una comparación interesante, podemos encontrar una idea de Derecho Internacional, existente entre los grandes grupos que eran las unidades sociales, las familias.

Tales preceptos alcanzaban solo a los jefes de familia, para los otros miembros de la misma, la regla a cumplir, es el derecho del hogar a que pertenecen, del cual el padre es el creador o legislador. El Derecho privado mina esta organicidad, aumentando el número de derechos personales con respecto a aquellos de que gozaban.

Si a esto aunamos las tendencias que consideraban a las costumbres y a las leyes como propias, nos situaremos frente a la conceptualización del *ius gentium*; que es un derecho común a todos los hombres. Es aquel que la

Derecho Familiar Internacional

razón natural establece entre todos los hombres y es observado por todos los pueblos, es decir, un derecho usado por todas las naciones.¹¹⁷

A pesar de este razonamiento, los romanos consideraron siempre que el "ius gentium" , se oponía al "ius civile" , y la diferencia radicaba en el acceso que podían tener a uno o a otro, los ciudadanos romanos o los extranjeros. Estos últimos podían gozar del derecho de gentes, mientras que los derechos civiles eran exclusivos de los ciudadanos romanos. Cada pueblo tenía su propia normatividad civil, en tanto que en el derecho de gentes, podían participar, sin distinción de nacionalidad.

De esta última idea sacamos una equiparación muy importante para el caso que estamos estudiando. El ius gentium , por sus características era lo más cercano a lo que ellos también consideraban como el ius naturale, el cual consiste en las leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres inanimados, de donde resulta por ejemplo la unión de sexos, la procreación y a la educación de los hijos¹¹⁸, temas relativos al Derecho Familiar. Incluso tenía un alcance de todos los seres vivos según las Institutos de Justiniano, el cual lo caracteriza como: "aquel que la naturaleza inspira a todos los animales. Este derecho no es especial linaje del humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos. Vemos, en

¹¹⁷GAYO. *Institutas*. Edit. Abelardo Perrot. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. 1987, p. 45

¹¹⁸PETIT, EUGENE. *Treatado Elemental de Derecho Romano*. Edit. Editorial Nacional. 9ª ed. México D.F., México 1971, p. 21

Derecho Familiar Internacional

efecto, a los demás animales que se conforman a los principios de este derecho, como si lo conociesen ¹¹⁹.

Conceptos que mas adelante serán la bandera del Derecho natural que defienden los estudiosos del Derecho Internacional como Francisco de Vittoria o Hugo Grocio, y que luego los filósofos como Russeau y Locke tomarán para plasmar sus ideas y lograr fundamentar los derechos Humanos, piedra angular del Derecho Familiar Internacional.

No es desconocido el respeto que tuvieron los romanos al derecho local de cada pueblo, esto porque ellos pensaban, en relación con lo anterior, que el derecho natural debería ser moldeado por el derecho civil de cada lugar, de otra forma no se hubiera podido cimentar la diferencia de trato entre ciudadanos romanos y los que no lo eran.

Se crean figuras como la del "praetor pergrinus", quien conocía litigios entre romanos y extranjeros que no tenía la ciudadanía romana, o entre extranjeros, adoptando para la resolución de tales conflictos, un sistema formulario ¹²⁰, lo que a su vez creó desconcierto en la impartición de justicia entre los ciudadanos romanos y los extranjeros.

Razón importante de la solidificación de un imperio tan vasto, era el respeto del que hablábamos anteriormente y, consecuentemente, una de las pugnas más difíciles de resolver, fue la que surgió al tratar de unir todo el imperio, bajo la misma normatividad.

¹¹⁹M. ORTOLAN. Instituciones de Justiniano. Edit. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1976, p. 28

¹²⁰MARGADANT S., FLORIS GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. Edit. Editorial Esfinge. 16ª ed. Naucalpan, México. 1989, p. 143

Derecho Familiar Internacional

Este intento de unificación principia en el año 212 con la Constitución de Antonio de Caracalla, la cual se concedía la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio; no por la generosidad de Caracalla, sino por razones fiscales ya que tal medida gravaba no solo el impuesto que cada provincia tenía que pagar, sino que añadía los impuestos que deberían pagar como ciudadanos. Tal concesión destruía la eficacia y el respeto del derecho aplicado en las provincias, en tanto que hasta este año, cada provincia había vivido según sus relaciones patrimoniales y familiares con sujeción a su propio derecho, y con la entrada en vigor de esta constitución, el derecho romano se convirtió en vigente para todos¹²¹.

La diferencia entre el derecho imperial y el local de algunas provincias era muy marcada, no fue posible lograr una verdadera amalgama de normas, por lo que las presiones del derecho local, fueron cada vez más fuertes y, a partir de esto, la lucha entre leyes fue mayor, hasta que el derecho romano acabó por sucumbir.

No debemos dejar de reconocer que el matrimonio "sine manu" y el divorcio, jugaron un papel importante, junto con las conquistas, en la ruina de la familia. La pujanza del cristianismo como fuerza real de oposición al imperio, empieza con Constantino, quien da inicio a la introducción de la concepción cristiana de familia en la legislación; idea fundada en el sacramento, donde la autoridad cabeza de familia, tenía que cumplirse dentro de un sentimiento de amor y respeto para la mujer, y de afección para los hijos¹²².

¹²¹ARANGIO-RUIZ, VICENZO. *Instituciones de Derecho Romano*. Edit. Ediciones de Palma. 10ª ed. Buenos Aires, Argentina. 1973. p. 5

¹²²MAZEUD, HENRY Y LEON; MAZEUD, JEAN. Ob cit. p. 25

Derecho Familiar Internacional

Mas adelante, con los germánicos, la extensión del grupo sigue siendo grande, colocando a la mujer y a los hijos bajo la dependencia completa del cabeza de familia, formando un clan. Idea que con los carolíngeos, sigue presente, la cristiandad triunfa con su pregón de indisolubilidad del matrimonio, y se sigue sometiendo a los nuevos integrantes de la familia a una dependencia del pater . ¹²³

No será hasta cuando las nuevas corrientes filosóficas, en el siglo XVIII, y demás, empiecen a atacar la idea de matrimonio perpetuo y, de fienda la idea de la unión libre, divorcio, igualdad de derecho entre los hijos, etc. Hasta terminar con la laicización del matrimonio.

Lo importante en este periodo de la historia, fue la figura familiar en el desarrollo de la vida del gran imperio. Nosotros como estudiosos del mundo de las normas, siempre tenemos como referencia a Roma. Vemos la norma, su estructura, su aplicación; en el aspecto que analizamos la importancia fue de la familia hacia la norma. Los intentos por uniformar el derecho en todas las provincias, se recubre de trascendencia e importancia para el Derecho Familiar internacional, pues si bien se desarrollan los conceptos del derecho de gentes y el derecho natural, tienen efectos directos sobre el Derecho Familiar Internacional, pues no solo trata de darle operatividad, sino que busca adaptarlo y reconocerlo.

¹²³ibidem. p. 26.

III. COMENTARIOS AL CODIGO NAPOLEON

El pensamiento religioso cristiano, tuvo fuertes consecuencias dentro de varios países, para regular las normas del matrimonio. Sin embargo, en Francia, durante la revolución francesa de 1789, se dio un gran paso atrás en materia familiar, al quitarle al matrimonio su carácter religioso y darle el concepto de contrato, que se consideraba como una simple manifestación del consentimiento.

Con esto se vino a derrumbar la principal fuente de la familia¹²⁴. Y como afirman los hermanos Mazeaud: "cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El Derecho revolucionario admite, el divorcio por mutuo consentimiento"¹²⁵

Debido a este principio literario se permite la disolución del matrimonio, y el derecho a distinguir que había entre una familia natural y una legítima. Respecto a los principios generales de la familia: "Debería haberlos incitado a suprimir la autoridad marital y la autoridad paterna"¹²⁶.

Esta fuente ideológica de los revolucionarios, planteaba bases en menoscabo de la familia, y estos influenciaron a los redactores del Código Napoleón.

¹²⁴ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho Familiar... Op. cit. p.64

¹²⁵ MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil Primera Parte, Vol. III, Ejea, Ed. 1959, p. 32.

¹²⁶ Op. cit. p. 33.

Derecho Familiar Internacional

La actitud de los revolucionarios franceses se justifica si se piensa que eran gente sufriendo y hambrienta, gentes que "habían asistido al desbarajuste de las costumbres familiares, sin tomar parte en él"¹²⁷.

Sin embargo, los legisladores revolucionarios, debieron preocuparse más por tratar de proteger al desamparado, y no por permitir que se iniciara una discriminación tan radical como fue la distinción entre hijo legítimo e ilegítimo, que han tenido gran influencia en todas las legislaciones inspiradas en la legislación revolucionaria francesa y en el Código Napoleón.¹²⁸

El Código Civil de la Revolución Francesa, ratifica la disolución del matrimonio a través del divorcio. Se debe a Napoleón Bonaparte una amplia reglamentación sobre la familia, sin embargo, respecto a los hijos naturales el citaba: "El estado no tiene necesidad de bastardos"¹²⁹.

Además, se establecía una autoridad marital casi absoluta, negándole a la mujer el derecho a manejar sus bienes y el derecho a la sucesión testamentaria. Del derecho canónico se reflejaron las obligaciones de fidelidad, protección y ayuda mutua. La patria potestad se ejerció sin ningún control, terminándose con la mayoría de edad, la emancipación o el matrimonio..

¹²⁷ Op. cit. p. 34.

¹²⁸ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho...* Op. cit. p. 65.

¹²⁹ MASEAUD HNERI, LEON Y JEAN. Op. cit. p. 34.

Derecho Familiar Internacional

De lo anterior se desprende que fueron el divorcio y la desaparición del carácter sacramental del matrimonio, las dos únicas grietas negativas de la sólida consolidación de la familia.¹³⁰

Durante la Revolución Francesa, se inicia un largo siglo de desorganización familiar, debido a la evolución de las ideas, las costumbres y por supuesto el desarrollo de la gran industria. Todas estas situaciones provocaron una gran demanda de mano de obra, teniendo la mujer y los hijos que trabajar fuera de casa, durante excesivas jornadas de trabajo lo que destruye en gran medida la base del hogar.

También en la clase burguesa baja y media, la mujer debe trabajar fuera del hogar para mantenerlo, llegando hasta el extremo de restablecer el divorcio durante 1864.¹³¹

Indiscutiblemente el Código Napoleón, fijó de una manera definitiva los lineamientos de desbarajuste familiar, ya que pensamientos como el de Napoleón respecto a los hijos bastardos, es desconocer la realidad social. Como señala el Dr. Güitrón: "el Código Napoleón fue un gran atraso en la legislación familiar en México y propició un estancamiento prolongado hasta Don Venustiano Carranza, el cual con carácter humano y visión socialista, promulgó en 1917 la Ley sobre Relaciones Familiares"¹³².

De lo anterior, deducimos que el Derecho Familiar Internacional no encuentra un avance significativo en el enunciado legal en sí, sin embargo, la

¹³⁰ GUITRÓN FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho...* Op. cit. p 66.

¹³¹ DIAZ DE GUIJARRO ENRIQUE. *Tratado de Derecho de Familia*. (Tea. 1953) p. 17.

¹³² GUITRÓN FUENTEVILLA JULIAN. *Derecho...* Op. cit. p 67

Derecho Familiar Internacional

influencia que este ordenamiento ejerció sobre las legislaciones posteriores, referidas incluso a las de otros países, lograron crear una corriente capaz de formar una nueva tendencia en el Derecho Familiar. Esta es sin duda una ola internacionalista pues, el código citado estuvo pensado en una aplicación a la familia como tal, y no solo busca recaer sobre la familia francesa. Concluyendo esta revisión, no podemos negar que las directrices dictadas por el Código Napoleón reconocen la existencia de la familia, y por consiguiente de las disposiciones familiares, como un abstracto general que se puede aplicar a cualquier familia de cualquier país.

IV. DESARROLLO HISTORICO DEL DERECHO FAMILIAR EN EL MUNDO ANGLO-SAJON

Es bien conocido el bajo status del Derecho Familiar dentro del ámbito legal. Pero también se debe reconocer que éste se encuentra "por encima" de otros campos legales, en el sentido de que sus reglas acerca de la participación y deberes entre el hombre y la mujer, parientes y niños, familias y extraños, histórica y conceptualmente han sido la base de otras reglas sobre empleos, comercio, educación, bienes y por supuesto sobre el gobierno del Estado.

Los conceptos que podrían estar dentro del derecho familiar en sí son: las experiencias de las familias e individuos con normas legales y como sostén de factores judiciales, así como las experiencias y actitudes de mujeres que tradicionalmente fueron confinadas a una esfera doméstica y colocadas en un status mas bajo que el hombre por el sistema legal.

Derecho Familiar Internacional

Si se enfoca el estudio del Derecho Familiar desde las experiencias sociales, contamos con dos tipos de estudios, que nos darán la base para analizarlo de esta forma. El primero de ellos, es el trabajo de historiadores feministas¹³³ y familiares; quiénes ven la importancia de la historia de gente ordinaria que no ha recibido la educación necesaria del pasado. Estos estudios deben verse como historias que han omitido a gente ordinaria y en particular la participación de mujeres que han tenido experiencias en el sentido de patrones sociales y legales en la vida de gente afectado por ellas, y que se resisten a seguir las reglas¹³⁴. Sin embargo, como asumen la mayoría de los feministas e historiadores sociales, existen materiales legales como bases y no simples fuentes sobre la vida social, pero también fuentes que contribuyen a la pregunta problemática: ¿Cómo se relaciona la ley y la sociedad a través del tiempo?¹³⁵

A esta pregunta se le puede dar solución basándonos en el desarrollo del trabajo de la escuela de historiadores de "sociedad y ley", quienes creen que la ley se puede describir propiamente solo después de examinar las prácticas y estructuras de la vida social¹³⁶. Aunque algunos estudiosos mantienen esa cultura persuasivamente, hay actitudes y experiencias que pueden ser descubiertas tratando a los textos, igual que los casos legales, como códigos de significado capturados en el tiempo. La escuela de la sociedad y ley argumenta que se le resta importancia a el hecho de ver mas allá de los textos legales para descubrir lo que esos instrumentos y lo que la práctica significaba para la gente que gobernó.

133 HENRY ADAMS. *The Education*. Ed. E. Samuels, 1974, p. 353

134 F. BRAUDEL & M. FOUCAULT. *The Archaeology of Knowledge*. Ed. Present. Chicago, USA. 1972, pp. 14-16.

135 MARTHA MINOW "Forming Underneath Everything That Grows: Toward a History of Family Law". *Wisconsin Law Review*, Washington 1985, p. 819.

136 MARTHA MINOW "Forming Underneath Everything ...". Op. cit. p. 820.

Derecho Familiar Internacional

Las prácticas y las reglas legales, diariamente influyen la actitud de la gente afectando las expectativas que sostienen y los riesgos que toman. Así pues, las acciones de la gente no se pueden describir completamente en los textos legales, ni por las prácticas institucionales de las cortes, legislaturas o ejecutivos (ni tampoco la naturaleza de la ley, puede ser una característica de experiencias vividas). En contraste, entre el análisis tradicional de documentos legales oficiales y otras fuentes sobre prácticas sociales y experiencias individuales se resta importancia no solo a aquéllos que estudian la historia legal para saber lo que realmente sucedió, sino también a aquéllos que estudian la historia legal para saber a quién se le ha ayudado o dañado por los cambios legales.

Por ejemplo, los estudiosos se han enfocado hacia las reglas comunes legales, para obtener una explicación de la participación doméstica de la mujer en el siglo XIX, en lugar de ver las fuentes legales como un conjunto de reglas y prácticas influenciadas e influenciadas por la vida social. Esta posición implica erróneamente que los cambios en el nivel formal legal de la mujer durante el transcurso de ese siglo, cambió o pudo cambiar las reglas domésticas de las mismas. Una interpretación alterna de esas reformas legales es que le quitaron poder a la mujer removiendo un punto focal externo por acciones políticas, y haciendo que el resto de los defectos fueran atribuidos a la falta de individualidad de la mujer¹³⁷. Aún así, otra interpretación pudiera tratar los cambios en las reglas formales legales sobre el status de la mujer como una mera ratificación de los cambios ya hechos en la práctica social¹³⁸.

¹³⁷ OLSEN, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, Edit. Harvard U. L. Rev. USA, 1983, pp. 1497, 1552, 1559, 1560.

¹³⁸ FRIEDMAN, *Law Reforms in Historical Perspective*, Ed. St. Louis U.L.J., 1969, pp. 351, 362.

Derecho Familiar Internacional

En esta recopilación de interpretaciones, también se exponen teorías contrastantes acerca de la relación entre la ley y la sociedad. Se tiende a tratar aquella como una forma separada de vida social, y a ésta como un conjunto de resultados de cumplir o resistir los mandatos de la ley. Hay muchas otras formas para explicar las conexiones entre la sociedad y la ley, aún asumiendo que son una jurisdicción separada: la ley puede esperar pasivamente una nueva fase o dirección de las prácticas de las gentes, mercados, y otras fuerzas sociales, que pueden activamente restringir la actividad humana e imponerse a las expectativas de vida de la mayoría. Algunos resuelven el debate sobre la relación de las leyes a la sociedad, al describir la ley como una especie de pelota y cadena; la ley obstaculiza y entonces disminuye las prácticas sociales, pero la ley puede ser cambiada periódicamente. Otros atribuyen poca significado práctico a la ley en la vida social¹³⁹.

Cada una de estas interpretaciones, es un cambio en la concepción de la ley como activa o reactiva, y la vida social está controlada por la ley, en lugar de resistirse a ella. Ninguna de estas interpretaciones garantiza como opera la ley dentro de la sociedad, como la gente que vive su vida puede debatir el significado de la ley y le da forma a las prácticas conflictivas sociales, ó como tanto los cambios y la continuidad persistentemente se suceden en la ley y la vida social.

Por lo tanto, existe un riesgo, al hacer historia social, tratando la ley como se da, alrededor de lo cual la vida social puede ser explicada, y tam-

¹³⁹ EPSTEIN. The Social Consequences of Common Law Rules Edit. Harvard U., L. Rev. USA. 1982, p. 1717.

Derecho Familiar Internacional

bién existe al hacer historia legal, tratando la sociedad como se da, controlando la ley por sí misma.

Una forma de percibir la relación entre la ley y la sociedad, que refleja estas alternativas, es percibir el punto focal de la participación social de los miembros de la familia, especialmente la mujer. Legalmente definidas y reforzadas, esta participación social también tiene fuentes en las costumbres, religión y la intervención de personalidad individualmente. La parte social particular de la mujer en la familia, se ha complicado y cambiado. La mujer individual define su papel en parte por referencia a los razonamientos establecidos, y en parte para construir su propia concepción. Al hacer esto, aplican, y al mismo tiempo, resisten las concepciones legales, y cumplen pero también transforman los patrones de la vida social¹⁴⁰.

Para analizar estas relaciones, se manejan los conceptos centrales de la familia, la ley y el Derecho Familiar, como términos debatibles dentro de los momentos históricos bajo investigación. Similarmente se debe tratar como sujeto de cuestionamiento el significado de la esposa, madre, viuda e hija, en vez de asumir las definiciones fijas de sus roles sociales. Así, la esencia del análisis, incluye textos legales y su contenido y su filtración en otros textos; las instituciones que crearon y aplicaron textos legales y ejercieron poder justificado por referencia de ellos; y las actitudes y acciones tomadas por la gente en relación con estas prácticas textuales e institucionales. La ley familiar, entonces, incluye el terreno

¹⁴⁰ MARTHA MINOW *Forming Undemeath Everything ...*. Op. cit. pp. 819-820.

Derecho Familiar Internacional

donde las normas legales y la experiencia social de la familia interactúan¹⁴¹.

Inicialmente las familias se formaban por lazos afectivos y biológicos, además de la gente que contribuía entre ellos mismos, económica, moral y psicológicamente. Por ejemplo, en los primeros tratados concernientes a lo que hoy ya identificamos como Derecho Familiar, se incluía rutinariamente relaciones amo-sirviente; esto demuestra como ha cambiado históricamente la concepción de la familia o vida doméstica¹⁴². Viendo la definición legal contemporánea de la familia, como la entidad marcada por el matrimonio, divorcio, patria potestad y reglas de adopción, este cuestionamiento considera las reglas sobre empleos, propiedades, educación y bienestar como parte de la diferenciación entre los miembros de la familia y su expresión en la concepción de la vida familiar.

El punto de ventaja pertenece entonces a la concepción tradicional de la ley familiar, y su historia revela tanto los aspectos previamente vistos de este campo y las faltas previamente no detectadas en los relatos tradicionales. El poder de esta perspectiva se revisa y evalúa frente al perfil tradicional de los desarrollos de la doctrina legal que gobernaba a la familia en América desde los días coloniales.

Se cuenta además, con el trabajo de los historiadores sociales y el estudio de la participación de la mujer para desarrollar una tesis que desafía la historia tradicional del Derecho Familiar; ésta, describe una evolu-

¹⁴¹ C.F. TRUBEK. *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, Ed. Law & Legal System 1984, p. 613.

¹⁴² T. REEVE. *The Law of Baron and Femme*, Ed. Critical Legal Histories, New York, 3a. Ed. 1862. p. 214.

Derecho Familiar Internacional

ción lineal de la Ley Familiar, enfocada en las tradicionales familias patriarcales, hacia una ley familiar para familias igualitarias, cuyos miembros individuales gozan de derechos protegidos por el Estado. El enfoque contrastante afrontado por el examen de la participación de la mujer en la historia, sugiere primero, que las familias en la época colonial y en los primeros periodos de la república, no fueron tan patriarcales como los historiadores tradicionales aseguran. En cambio, el trabajo familiar era colaborativo y muchas veces ponía a la mujer en esferas mas allá del dominio domestico. Además, aunque las reglas legales restringían la autoridad y poder de la mujer, muy seguido ejercía autoridad, aunque no autónoma, en la economía y en los bienes familiares.

Volviendo al siglo XIX, se vislumbra que la expansión y la creación de las industrias dieron ocasión a la nueva participación de la mujer. Esta participación le permitió una mayor independencia y autonomía. Aún así la evidencia muestra como la mujer hizo que su participación fuera compatible con sus obligaciones y aspiraciones de la familia tradicional. Además, la mujer con oportunidades para obtener derechos individuales, muchas veces se resistía a la trayectoria histórica hacia los derechos individuales al tomar su participación como miembro de familia con sus responsabilidades y obligaciones. Al mismo tiempo, las actividades voluntarias en asociaciones de beneficencia y reformas que durante el siglo XIX constituyeron una alta concepción de la participación doméstica como demandaba la mujer y aportó una concepción de las normas familiares al dominio público. Estas actividades voluntarias también llevaron a la mujer a una posición de influencia política mas allá de su esfera tradicional

Derecho Familiar Internacional

y desde esas posiciones, la mujer debatió los límites históricos de sus derechos mientras también conservaba sus aspectos tradicionales.

Al dejar su esfera tradicional, la mujer no abandonó sus roles familiares, ni adoptó por un individualismo autónomo, mas bien, creó una imagen de gobierno de servicio social animado por normas reales. Algunas mujeres también solicitaron redefinir la parte de la ley para incluir las responsabilidades colectivas de los miembros vulnerables de la comunidad.

Los escritores legales, tradicionalmente han descrito la historia de la ley familiar americana como una evolución desde la "tradicional" familia patriarcal, hacia las familias igualitarias, cuyos miembros individualmente gozan de derechos protegidos por el Estado¹⁴³. La ley Inglesa común, y los estatutos de Blackstone, típicamente sirven como la piedra angular de esta descripción. De acuerdo a esto, el tratamiento legal tradicional de el "macho" como un representante de la familia ante el Estado, le da derechos de propiedad, contrato y derechos de sufragio; excluyendo a su esposa e hijos de tales derechos; y con poderes sobre la propiedad y servicios de su esposa e hijos, y además con poder para disciplinarlos.

Por otra parte, la concepción legal tradicional trata al esposo y esposa como "uno, y el esposo es 'el uno' "¹⁴⁴, entonces, el domicilio de la esposa fue determinado por el del esposo¹⁴⁵. La esposa pierde cualquier derecho a contratarse sin su consentimiento, entrar a una profesión, controlar su propia propiedad o ingresos, gozar de la patria potestad de los hijos, pedir

¹⁴³ M. GLENDON, *The New Family and the New Property*, Edit. Harvard U.L. Rev. USA 1981, pp. 13-20, 36-67.

¹⁴⁴ MORSE, *Changing Images of the Family*, Edit. V. Tufte & B. Myerhoff, England, UK 1980, p. 321.

¹⁴⁵ H. CLARK, *The Law of Domestic Relations*, Edit. Cambridge U. P., 1968, London, UK, pp. 149-150.

o demandar, ó testificar contra su esposo¹⁴⁶. La esposa, tampoco cuenta con recursos contra el rapto o encarcelamiento por el esposo o parientes machos¹⁴⁷. La mujer en matrimonio, obtenía un bajo interés en la propiedad de su esposo: como una mera expectativa, no un derecho; y la mujer casada, tenía obligaciones de servir a su esposo e hijos, en la esfera doméstica.

Esto trajo como consecuencia, lógica y naturalmente, como una materia teórica, la noción de autonomía familiar, la cual barría el sistema legal, para invadir el enclave privado de la familia y la esfera de poder reservada a la cabeza de ésta. Esta consecuencia también fluyó desde el concepto de persona legal, la que no es co-extensiva con la persona física. La persona de la esposa surge dentro de la persona legal del marido¹⁴⁸. Las repercusiones legales de esta formulación son intrigantes. Por ejemplo, como una sola persona, bajo la ley, esposo y esposa tradicionalmente no podían unirse una con otra¹⁴⁹. Al mismo tiempo, la posición del esposo en la nueva simple personalidad legal, continuaba siendo diferente en algunos propósitos: adulterio bajo la típica ley colonial, requería de la participación de una mujer casada y no satisfecha, con un hombre casado, aunque estuviera comprometido con otra esposa, de otro hombre. Entonces, históricamente, las autoridades legales justifican la idea de la unión legal de personas, creada por matrimonio, como protección a la esposa de la brutalidad de la relación comercial y de Estado. Realmente, la ley común inglesa adoptó la frase legal francesa "of feme covert" para referirse a la mujer casada, colocándola bajo la protección del esposo. La misma justificación

¹⁴⁶ H. CLARK, Ob. cit., pp. 219-220

¹⁴⁷ MCELROY, *Freedom, Feminism, and the State*, Ed. McElroy, 1982, pp. 4-5.

¹⁴⁸ MARTHA MINOW "Forming Underneath Everything...". Op. cit. p. 830.

¹⁴⁹ H. CLARK, Ob. cit., p. 221.

Derecho Familiar Internacional

de protección, acompaña la incapacidad aplicada a los niños para exentarlos de la responsabilidad de control de propiedad, relaciones contractuales y actos criminales¹⁵⁰, es decir, la niñez no solo establecía incapacidades sino también privilegios o protección legal.

Los escritores modernos, en gran medida describen el desarrollo histórico de la doctrina legal, gobernando a la familia, desde un punto crítico de ventaja de estas incapacidades legales, aplicadas a las mujeres y niños. Desde un moderno punto de vista, el tratamiento de la esposa como legalmente unida a su esposo se "considera fuera de lo común y un afrentamiento a la dignidad y autonomía de la mujer"¹⁵¹. Por lo tanto, el perfil tradicional de la ley familiar, contrasta con las reglas antiguas, las cuales protegían a las esposas y a los niños de las obligaciones legales dejándolos sujetos al control de la cabeza de familia, (generalmente el hombre), con las reglas modernas que quitan incapacidades legales a las esposas y a los niños y les permite pedir ayuda al Estado en sus derechos personales¹⁵². Descrito como una historia de progreso, el perfil tradicional del Derecho Familiar, trató las incapacidades legalmente impuestas a las esposas, como restricciones anticuadas, dándoles sobre-tiempo para afirmar sus derechos individuales para la mujer, tanto dentro de la familia, como en los mundos público y comercial; las incapacidades impuestas a los niños, obtuvieron una transición análoga sobre la identidad individual legal. Por lo tanto, la historia del derecho familiar, traza movimientos desde el tratamiento tradicional de la familia -donde el "macho" era la cabeza del

¹⁵⁰ H. CLARK, Ob. cit., pp. 230-34.

¹⁵¹ W. WADLINGTON, Cases and Other Materials on Domestic Relations, Edit. Eighteenth Century Stud. London, p. 195

¹⁵² W. WADLINGTON, Ob. cit., pp. 195-198.

Derecho Familiar Internacional

grupo-, hasta el tratamiento moderno -donde son una comunidad de individuos con identidades legales separadas ante la ley-¹⁵³. Este estudio nos muestra entonces, el desarrollo de la historia de la familia Americana, primero como comunidad, después como un refugio, y finalmente como una comunidad, existiendo para el crecimiento personal y la satisfacción de sus miembros¹⁵⁴.

Los tratamientos históricos usualmente conectan el desarrollo legal Americano, con la herencia inglesa. La equidad inglesa se practica cuando las esposas ricas tienen alguna protección legal, y esto sirve de base, para las reformas legales de los americanos, las cuales gradualmente liberan a la esposa de sus incapacidades legales en relación a la propiedad y ganancias futuras, contratos y bienes.

La narrativa de esta historia, nos muestra que a mediados del siglo XIX, se inicia un período de reforma, cuando muchos estados de la unión americana adoptaron Actos de Propiedad de las Mujeres Casadas para este propósito¹⁵⁵. Ciertamente el siglo XIX fue un período de cambio en el nivel legal de las mujeres casadas. En un movimiento inusual, en 1809 en Connecticut, se dio a la mujer casada el derecho de heredar sus bienes¹⁵⁶, y en otros estados, eventualmente lo siguieron¹⁵⁷. Para mediados del siglo, varios estados, incluyendo Illinois, acordaron como derecho de la mujer, que percibiera sus propios ingresos¹⁵⁸. El estatuto de Illinois, sin embargo,

¹⁵³ Ibidem p. 198

¹⁵⁴ MORSE, Ob. cit., pp. 45, 54-55

¹⁵⁵ MARTHA MINOW "Forming Underneath Everything...." Op. cit. p. 830.

¹⁵⁶ S. BRECKINRIDGE, The Family and State: Select Documents, Edil. Illinois Public Law. 1972, p. 187.

¹⁵⁷ MC. ELROY, Ob. cit., p. 4.

¹⁵⁸ S. BRECKINRIDGE, The Family.... Ob. cit., p. 168.

Derecho Familiar Internacional

especificaba que este acto no debería dar a la mujer ningún derecho de compensación, por labores efectuadas para sus hijos o esposo¹⁵⁹. Como muchas de las reformas legales del siglo XIX, este estatuto asumía la continuidad del papel familiar de la mujer: debería continuar dando servicios sin recompensa a la familia. Aún así, los estatutos de esta clase y otros que hubo después de la Guerra Civil, aumentaron los derechos legales y la autonomía de la mujer casada, encausadas al mayor desarrollo legal del éxito para el voto.

Habiendo ganado el derecho a votar en 1920, la mujer casada exitosamente estableció una identidad legal y política, distinta a la de sus maridos, lo que unificó a la mujer casada y a la soltera.

El perfil tradicional del desarrollo legal, reconoce que las incapacidades de la abnegada mujer casada, en alguna forma, son un vestigio para el siglo XX, pero solo ante el progreso estable, se logró la autonomía enunciada en los derechos individuales¹⁶⁰. Los cambios continuaron dándole ventajas legales a la mujer en el siglo XX. Las reformas al divorcio y pensión alimenticia alteraron los supuestos tradicionales de la dependencia de la esposa¹⁶¹, como lo hizo la regla constitucional que excluía a la mujer del deber del juramento.

Por lo tanto, de acuerdo a la historia tradicional, la época moderna reemplazó las nociones legales que habían asignado a la mujer a una esfera privada, que la subordinaba al hombre, quién legalmente gozaba del

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ H. CLARK, *Ob. cit.*, pp. 222-223

¹⁶¹ MARTHA MINOW, *Ob. cit.*, pp.831-832.

Derecho Familiar Internacional

poder en el hogar, en el trabajo y en la política. Los avances legales modernos introdujeron a la mujer en el mundo del hombre, dándole derechos de propiedad y contractuales, políticos, y contra la discriminación basada en el sexo. La historia tradicional, le da el rol central a la mujer en la historia del derecho familiar, dejándole la participación de la búsqueda del progreso, el cual se asumió al crear un movimiento, lejos de las relaciones legales y hacia los derechos del individuo¹⁶².

La historia del status legal de los niños, contrasta similarmente con las reglas tradicionales de imposición, de dependencia del niño con el desarrollo moderno, garantizando a los niños derecho legal de individualidad. Desde el punto de vista de independencia individual, como un grado de referencia normativa importante, el niño, como la mujer, ha tenido que luchar contra una dependencia legal impuesta. La historia del niño es algo mas complicada, aun en el trato normal de la historia del Derecho Familiar, ya que la reforma de ley ha sido enfocada tanto en la relación del niño con el Estado, como con sus parientes. Los cambios históricos, quitaron al niño del control de sus parientes, generalmente sus padres, para darle una posición de cargos especiales ante el Estado, y luego en una posición de derechos individuales, sujeto a las reglas y controles del mismo. Las cortes y legislaturas anunciaron los derechos legales individuales para los niños, creando cortes juveniles y castigos en las escuelas públicas. Estos desarrollos, sin embargo, no únicamente marcaron progreso en el camino hacia los derechos del individuo, igualmente representaron la iniciación de una relación directa entre el niño y el Estado, sin involucrar a los parientes pero manteniendo el status del niño como persona que merece protec-

¹⁶² Loc. cit.

Derecho Familiar Internacional

ción de otros y de ellos mismos¹⁶³. La autonomía de las familias ha decrecido desde entonces, pero la del niño se ha incrementado marcadamente¹⁶⁴, aunque algunos de los derechos, garantizan su mantenimiento menos, que su personalidad independiente. Las leyes educacionales obligatorias, las leyes de trabajo de los niños, y las de abuso y negligencia, en un sentido real traspasan el velo de la familia y permiten la relación directa entre el Estado y el niño, pero no pueden decir que sobrepasan la propia autonomía del niño o su libertad de la posición de su dependencia legal. Entonces estos desarrollos legales frecuentemente preocupan al Estado de la protección del niño contra sus parientes, otros adultos, o ellos mismos,¹⁶⁵ mientras que otros desarrollos orillan a la autoridad de los parientes.

Sin embargo, las cortes y legislaturas en años recientes han anunciado derechos de autonomía para los niños bajo circunstancias definidas. Figuran prominentemente los derechos a obtener anticonceptivos y abortos sin involucrar a los padres; el derecho a consentir mas generalmente a su propio tratamiento médico, y los derechos a expresar sus propias ideas. Otra evolución legal incluye la extensión de derechos adultos, como el voto a los 18 años, y el estatuto obligatorio de contratos de empleado para niños profesionales y prestaciones de educación¹⁶⁶ para gente que se considere niño. En una ocasión, las cortes anunciaron el derecho de los niños a

¹⁶³ MORSE, Ob. cit., pp. 339-350; R. Gottesman, *The Child and the Law* 1981, pp. 13-32, 158-192.

¹⁶⁴ MORSE, Ob. cit., pp. 339-350

¹⁶⁵ R. MNOOKIN, *Child, Family and State*, Edit. Cambridge U.P. Mass. USA, 1978, pp. 1-3, 29-155.

¹⁶⁶ Cal. Civ. Code & 38 (West 1986); N.Y. Educ. Law & 281 (McKinney 1969)

Derecho Familiar Internacional

su propio ingreso económico¹⁶⁷ y así ayudar a escoger a sus custodios o escoger tempranamente su emancipación.¹⁶⁸

Consideramos entonces, que el perfil tradicional de la historia legal de las relaciones familiares describe un movimiento desde una era de poder patriarcal reforzada por el Estado, relegando a la mujer y al niño a un esfera social removida del poder político y económico, a una era de autonomía individual donde cada individuo puede exigir sus derechos legales ante el Estado. De acuerdo a la historia tradicional, la ley familiar expresó el último remanente de status jerarquizado mantenido en un orden feudal, pero en los últimos 150 años marcó un progreso hacia el libre compromiso a los derechos individuales¹⁶⁹.

Esta imagen tradicional es profundamente defectuosa. Una gafa en este sentido es su muy alta familiaridad; una característica notable de esta descripción tradicional de la ley familiar americana es que se asemeja fuertemente a la historia del Derecho Familiar Romano. Los historiadores legales, incluyendo Sir. Henry Maine y Roscoe Pound, han descrito como los padres de familia romanos tradicionalmente gozaban de amplios poderes sobre los otros miembros de su casa quienes sufrían discapacidades legales evitando la participación en la política. Gradualmente, con el tiempo, el poder del Estado restringió la autoridad del macho y protegió a su esposa, hijos y esclavos, del ejercicio arbitrario de sus prerrogativas¹⁷⁰. Este patrón lo refuerza el famoso Maine en su descripción de la evolución de ley

¹⁶⁷ H. CLARK, Ob. cit., p. 241-242; R. Mnookin, Ob. cit., pp. 646-668.

¹⁶⁸ UNIF. MARRIAGE AND DIVORCE ACT. & 402(2), 1971; M. GLENDON, Ob. cit., pp. 36-40.

¹⁶⁹ MARTHA MINOW, Ob. cit., pp. 832-833

¹⁷⁰ MARTHA MINOW, Ob. cit., p. 834

Derecho Familiar Internacional

desde el status hasta el contrato, escribiendo: "muchas sociedades progresivas, se distinguen por la disolución gradual de la dependencia familiar, y en su lugar, la ganancia de obligaciones individuales. El individuo es constantemente substituido por la familia, como la unidad a la cual las leyes civiles toman en cuenta"¹⁷¹. Similarmente, la historia de Roscoe Pound de las ideas jurisprudenciales localizan la extensión de la personalidad legal de todos los humanos comenzando en el Estado avanzado del desarrollo legal. Este desarrollo mejora el concepto temprano de "una persona arbitrariamente definida legal" como la unidad moral en la sociedad, y además mejora sobre un concepto mas adelantado del "gran-grupo" como una unidad moral.¹⁷²

La historia de la ley familiar Anglo-americana describe esta concepción familiar del desarrollo legal remplazando los "grandes-grupos" con personas individuales como la unidad primaria del tratamiento legal.

Por lo tanto, en el período primario de la historia americana, se trata a la historia tradicional de la ley familiar como una era de familia dominadas por el macho quién subordinaba a la mujer y reforzaba la colectividad en lugar de la autonomía individual. Contrastantemente la evidencia de trabajos recientes de los historiadores sociales desafía las premisas de esta historia que se opone al concepto de dominación, subordinación, colectividad y autonomía. Para las mujeres esclavas, los roles de madre y esposa marcaban un reto a las ordenes legales prevaletientes porque la afirmación de la colectividad familiar desafiaba su esfuerzo de subordi-

¹⁷¹ Ibidim, p. 835

¹⁷² Loc. cit.

Derecho Familiar Internacional

nación legal. Aun para la mayoría de las familias típicas, la evidencia sugiere que la dominación, subordinación, colectividad y autonomía simplemente eran o no propuestas. En cambio, los roles particulares de la mujer como madres, esposas, viudas e hijas las llevaba a una conexión constante con los demás, pero también proporcionaba la exposición razonada de su productividad económica y la afirmaba mas allá de la esfera de su casa. La mujer que actuaba como lugarteniente de su marido sosteniendo a la familia no encaja en la figura tradicional de la esposa legalmente incapacitada. El crecimiento comercial económico y la expansión de las fronteras provocó la demanda del trabajo productivo tanto del hombre como de la mujer. Pero concibiendo a tal mujer simplemente como mas liberada y autónoma, que como la línea legal tradicional sugiere, también se deja de hacer justicia a su experiencia.

Bajo los enunciados formales de los tratados y leyes hechas judicialmente, alguno de los roles asumido por los miembros de la familia, debaten la formulación histórica de la ley familiar tratada en términos modernos de dependencia y autonomía o subordinación y autoridad. Algunas mujeres ejercitaban la autoridad no porque les gustara la autonomía, sino porque veían su fuerza en su status legal como dependientes del hombre con poder. Algunas mujeres ejercitaban la independencia no porque tuvieran autoridad legal para hacerlo sino porque veían la necesidad de hacerlo para ayudar a sus familias. Algunas, especialmente las negras, construían concepciones familiares de manera que en esencia se combatiera su gran subordinación hacia los amos blancos y el sistema legal que preservaba el poder del blanco. Aunque aquí solamente se han explorado los roles de la mujer, exploraciones similares de la historia de los niños también sugiere

Derecho Familiar Internacional

que las nociones divididas modernas de la independencia y dependencia fallan al describir el rango de roles y las actividades de los niños hacia la adolescencia.¹⁷³

La concepción de un individuo como miembro de la familia, con deberes, derechos y responsabilidades asociadas con esta posición, provee un punto referente continuo para los historiadores de la familia, y un contrapunto de la acepción del sujeto histórico como persona independiente, enfrentándose al Estado. Para los individuos, en la historia, esta concepción de ellos mismos como miembros de la familia, podría ser una razón para la innovación como gente particular que trataron de cambiar nuevas experiencias para establecer roles familiares. Este proceso de innovación, refiriéndose a los roles continuos, puede explicar como las nociones legales de la familia penetraron en su vida diaria y como ni aun así determinaron las experiencias familiares. Esta innovación, provocó en la mujer, los roles sociales de madres e hijas, esposas y viudas, aun cuando como mujer aumentaba el abandono a sus familias.

Tomando en consideración los puntos de vista anteriores, podemos afirmar, que la historia tradicional de la familia, tiene algunas fallas, por ejemplo: 1) las familias en la sociedad colonial no eran tan patriarcales, y la mujer no era tan dependiente como sostiene la historia tradicional; 2) algunas mujeres en el siglo XIX quiénes tenían la oportunidad de obtener autonomía a través del trabajo pagado y voluntario fuera de su casa, no buscaban independencia o dependencia, y por lo tanto no encajaban en la figura inexorable que envolvía al individuo lo cual es parte de la historia

¹⁷³ J. KETT, *Rites of Passage: Adolescence in America, 1790 to Present*, Edit. E. Samuels, 1977, pp. 11-37.

Derecho Familiar Internacional

tradicional; 3) Las actividades colectivas de la mujer en fábricas y asociaciones, presentaban un contrapunto de la concepción individual de los derechos que regían el Estado, que supuestamente se convirtió en una figura dominante a finales del siglo XIX y principios del XX; y 4) la incursión de la mujer en el mundo público de trabajo, política y reforma moral la comprometió a hacer actividades mas allá de los roles tradicionales familiares, y aún así la mujer tomó, estas actividades como referencia a la concepción de ellas mismas como madres y esposas, viudas e hijas, con deliberado esfuerzo para obtener una relación familiar mas allá de la familia misma.¹⁷⁴

Estas conclusiones contribuyen al debate sobre como la ley y la sociedad interactúan dirigiéndose al razonamiento de las construcciones legales del individuo y su vida diaria. Un medio de construir el razonamiento del derecho familiar ha sido la participación social de los miembros de la familia; y aún así los individuos también han utilizado el sentido de esta participación social para comprometerse en actividades no contempladas, y también técnicamente mas allá de las fronteras de la ley. De esta forma, la ley misma puede cambiar. La mujer que se comprometía en actividades económicas y políticas aportaba los puntos de sus roles sociales como miembros de la familia y también algunas veces, explícitamente buscaban reformas para aumentar sus derechos legales. Sin embargo, algunas veces lo hacían refiriéndose a la concepción de los roles familiares. Y esos mismos roles familiares les daban las bases para iniciativas de reforma para extender las normas familiares de responsabilidades colectivas en otros sectores de la vida social.

¹⁷⁴ MARTHA MINOW, Ob.cit., pp. 894-895.

Derecho Familiar Internacional

Hay problemas con este punto de vista. Por ejemplo, se arriesga a reemplazar la historia Whiggish del progreso individual con una historia maternalista de la fuerza y poder de una unidad de la mujer. Este riesgo se puede controlar en parte por los esfuerzos de integrar estas dos historias; por ejemplo, combinando la retórica de los derechos individuales con las nociones de las responsabilidades familiares de la mujer¹⁷⁵. Además el riesgo de crear una historia lineal se puede verificar por los esfuerzos de identificar como cada uno de los elementos de la historia -roles sociales, ley y familia- proporcionaron un medio para luchar dentro de la vida diaria de los individuos en la historia en lugar de los conceptos que tienen algún significado. Por ejemplo, los individuos podrían concebir su comportamiento como continuidad con el pasado aunque hubieran iniciado un cambio compitiendo con los roles sociales de la esposa, las reglas legales que le dan a la mujer derechos económicos, y los contornos de un grupo familiar. O ellos pueden dirigirse a una concepción particular del rol familiar para justificar el cambio en la ley.

La cuestión histórica que expone el cambio de los conceptos clave, como el rol social, la ley y la familia nos puede librar de la tendencia de tratar el universo conceptual como permanente, o idéntico con nosotros mismos¹⁷⁶.

Como punto final de esta revisión histórica, es importante resaltar el enfoque interno que le hemos dado al desarrollo del Derecho Familiar. Esto

¹⁷⁵ K. FERGUÉSON, *The Feminist Case Against Bureaucracy*, Edt. Chambers-Schiller, 1984, p. 20.

¹⁷⁶ M. MERLEAU-PONTY, *In Praise of Philosophy*, ed. J. Wild & J. Edie, 1963, pp. 54-55.

Derecho Familiar Internacional

lo hemos realizado así, no porque no encontremos vestigios del Derecho Familiar Internacional, sino porque esta perspectiva nos permitirá entender esta problemática desde una visión distinta a la romanista. Es decir, hemos visto la evolución tan importante de las ideas que moldearon al derecho de Familia en uno de los países que posee la legislación al respecto mas cambiante y dinámica del mundo, que son los Estados Unidos de América. Por tal concepto fue importante haber realizado esta revisión de una manera particular.

V. RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO FAMILIAR EN MÉXICO

Ahora es el turno de revisar el Derecho Familiar e México, pues es importante centrar la situación que este rama guarda en lo interno para poder cifrar una orientación en la externa.

Analizando la historia del derecho familiar en la República Mexicana, encontramos que después de algunos años de vida independiente y de algunos intentos para dictar un código que viniera a substituir las antiguas leyes españolas, era indispensable actualizar la legislación civil. El primer intento se lleva a cabo en el estado de Oaxaca, donde se copia el Código Napoleón en el año de 1827, razón que no se asentó en la exposición de motivos del mismo; un año mas tarde se da otro instrumento legal similar, en el estado de Jalisco. En 1931, se siguen los mismos pasos en Zacatecas, sin ninguno decir, que eran copias del Código Civil Francés.

Derecho Familiar Internacional

Durante 1857, se reglamentó un código de tipo religioso, en donde solo se preocupaban por el matrimonio, no incluyendo a la familia como institución. Después, durante las leyes de Reforma, Benito Juárez lo sustituye, por un Ministerio de Ley, resultando que el 28 de julio de 1859 se dicta la Ley reglamentaria del matrimonio, quitándole su carácter religioso y considerándolo como una Institución de Derecho Civil.¹⁷⁷ En esta ley, se cortó de raíz el control de los matrimonios llevado por la iglesia, dejando que el Estado de encargara absolutamente del registro de los matrimonios, así como señalando a los funcionarios del Gobierno, encargados de tales asuntos. Con esto se desligó completamente a la iglesia del Estado, pues a través de los jueces del Registro Civil se llevarían los registros de los matrimonios¹⁷⁸. También en la vida cotidiana el Estado civil de las personas se probaba a través de las actas expedidas por el Registro Civil, de donde se infiere que al no haber una reglamentación concreta de la familia, con esta ley el Derecho Canónico perdió la tutela de la familia y, concretamente, en el aspecto matrimonial.

En 1861, un asesor de Baja California, Justo Sierra, realiza un proyecto de Código Civil, el cual cae en el mismo error de los intentos anteriores, copiando el Código Napoleón; en el cual las leyes relativas al registro civil y al matrimonio fueron reforzadas; el llamado Código del Imperio, que se pone en vigor en 1866, aprovechó los trabajos de la comisión que con anterioridad había presidido Justo Sierra Oirelli en su proyecto del 61.¹⁷⁹

¹⁷⁷ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edit. Litográfica Anselmo. 8º ed. Mexico D.F., México 1984. pp. 93-94.

¹⁷⁸ Leyes de Reforma. Colección de Martin Luis Guzmán. Empresas Editoriales, S.A. 1947. p. 27.

¹⁷⁹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR, Revista de la Facultad de Derecho de México: El Derecho de Familia en el Código Civil de 1870, Tomo XXI, Jul.-Dic. 1971, p. 379.

Derecho Familiar Internacional

En 1868, cuando Juárez recupera la presidencia, Fernando de Jesús Corona, sigue el Código de Imperio, y lo presenta en el estado de Veracruz como un trabajo original, y lo llama Código Corona, el presunto autor recibe cinco mil pesos oro como pago por su trabajo. En 1869 en el estado de México se copia este código, le quitan la exposición de motivos y lo presentan como propio.

En el año de 1870, se llega al Código Civil que habría de regir las relaciones particulares de los habitantes del Distrito Federal y del Territorio de Baja California, el cual retoma el Código del estado de México de 1869 y lo copia. Este Código reflejó certeramente la organización social imperante en aquella época: reglamenta en cuanto a la familia se refiere a el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que fue una especie de divorcio;¹⁸⁰ y aunque en 1884 el Código fue derogado, sus disposiciones pasarían casi íntegras al nuevo ordenamiento Civil. El código de 1870 reúne la tendencia liberal al mantenimiento de los status sociales en el interior de la familia y en la autoridad paterna. Es un código que fue redactado con la previsión necesaria para conservar una tradición jurídica que a través de los códigos francés y españoles extiende sus raíces hasta el derecho romano.¹⁸¹

En su estructura, el Código de 1870 sigue el plan romano-francés y dedica su primer libro a las personas y lo que ahora es Derecho Familiar. Establece en su título preliminar que la ley civil es igual para todos, sin

¹⁸⁰ GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, *Derecho Familiar*, Ob. cit., pp. 94-95.

¹⁸¹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR, Ob. cit., pp. 379-380.

Derecho Familiar Internacional

distinción de personas ni de sexos, pero deja abiertas las puertas para las excepciones especialmente declaradas y que se encuentran en el mismo código, en especial por los que se refiere a la situación de la mujer en el matrimonio. En cuanto a las personas morales, se establece expresamente que "ninguna asociación o corporación tiene entidad jurídica si no está legalmente autorizada".

En lo relativo al registro civil, se sigue el sistema francés por libros, continuando con ello también la tradición hispánica fundada en el derecho canónico, considerada como obligatoria en España y sus colonias. Este sistema pese a sus imperfecciones, continúa vigente en nuestro país sin que se vislumbre una posibilidad de substitución. Podemos decir que éste es un ejemplo de la mezcla de la tradición en cuanto a la forma de llevar el registro y el pensamiento liberal resultado de la Reforma que lo quitó de las manos eclesiásticas, para entregarlo a las autoridades civiles a través de funcionarios estatales. Se reconocía también en su artículo 151, el procedimiento de ratificación de las actas del registro civil, en la que el juez, además de citar a los interesados que fueran conocidos, publicaría la demanda por treinta días y admitiría a contradecirla a cualquiera que se presentase. Igualmente se reconocía la posibilidad de que alguno no se hubiera presentado por estar absolutamente impedido para salir al juicio, se le permitiera probar en contra de la sentencia, de acuerdo con las nuevas tendencias en la ciencia procesal relativas a la relatividad de la cosa juzgada. Aun cuando pudiera pensarse que esto era solo una medio para alargar los juicios, demuestra, sin embargo, que existía un profundo respeto para los intereses individuales.

Derecho Familiar Internacional

El matrimonio se definía con las palabras de Portalis, como: "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". No se reconoce la promesa de matrimonio futura, o sea la institución de los esponsales que restableció el código civil de 1928. La edad para la celebración el matrimonio, se fijó en 14 años para el hombre y 12 para la mujer.

En otro aspecto, el Código menciona los impedimentos para contraer matrimonio: la facultad de los ascendientes para impedir el matrimonio de quienes dependían de ellos era muy amplio, e incluso la autorización podía ser revocada una vez otorgada, aunque siempre existió la posibilidad de suplir esta autorización por la autoridad política; el error cuando es esencialmente sobre la persona; el parentesco consanguíneo legítimo o natural sin limitación de grado; la relación de afinidad en la línea recta sin limitación de grados; el atentado contra la vida de uno de los casados para casarse con el que quedaba libre; etc. Aunque el Código de 1870, no distinguió los impedimentos dirimentes y los impedientes, pero la reglamentación a pesar de ser poco técnica, si enumeró sustancialmente las causas que impiden celebrar un matrimonio.¹⁸²

Se reconoció también la legalidad del matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, tanto para los extranjeros como para un extranjero y un mexicano. Igualmente se prevé la obligación de inscribir en el domicilio del cónyuge mexicano, el acta de matrimonio celebrado en el extranjero dentro de los tres meses de haber regresado al país.

¹⁸² GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Derecho Familiar. Ob. Cit., p. 95

Derecho Familiar Internacional

Como obligaciones de ambos cónyuges, está la de la fidelidad, la del socorro mutuo y la contribución a todos los fines del matrimonio, correspondiendo al marido dar alimento a su mujer y se hace la aclaración: "aunque ésta no haya llevado bienes al matrimonio": Desde luego, la institución de la potestad marital funciona con todas sus consecuencias: la mujer debe vivir con su marido, debe seguirlo dondequiera que establezca su residencia, debe obediencia a su marido en todo lo relativo a la administración de la casa y los bienes, así como a la educación de los hijos. Además, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, es el representante legítimo de su mujer y ésta no puede, sin licencia de aquél, comparecer en juicio por sí o por procurador.

La razón de estas actitudes nos la proporciona un tratadista de la época al citar: "que el hombre, dotado de un alma mas fuerte, de una constitución mas robusta, de un espíritu mas extenso y de un juicio, por decir así, mas sano, tiene la obligación de proteger a su mujer", Pero en contradicción: "constituido (el hombre), por la naturaleza y la ley jefe y cabeza de familia, debe usar prudentemente la autoridad que tiene, pues su misma superioridad, lejos de concederle un poder arbitrario, le impone una obligación mas estrecha de cumplir con sus deberes".¹⁸³

Los bienes de los cónyuges se rigen por el contrato de matrimonio, ya fuera que se celebrara bajo el régimen de sociedad conyugal (voluntaria o legal), o bajo el de separación de bienes. En el caso de la sociedad conyugal voluntaria, se establecía un amplio sistema de libertad en los pactos,

¹⁸³ *Ibidem* p. 94

Derecho Familiar Internacional

salvo los que se hicieran contra la ley o las buenas costumbres, por lo tanto no era posible que a pretexto de capitulaciones matrimoniales se pudiera modificar la situación legal de la mujer dentro del matrimonio.

En todo lo no previsto, o cuando no hubiera capitulaciones expresas, el matrimonio se entendía celebrado bajo el régimen de sociedad legal, en virtud de la cual cada cónyuge queda dueño de los bienes que tenía en el momento de la celebración del matrimonio y de aquéllos que adquiere durante él. Formaban el fondo de la sociedad, los bienes adquiridos por el trabajo de ambos cónyuges, los adquiridos por los bienes sociales vendidos y los productos o rentas de ellos. El marido administraba en todo caso, los bienes de ambos, y podía enajenar o gravar los muebles, no así los inmuebles.

En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la propiedad y la administración de sus bienes muebles e inmuebles y el goce de sus productos, pero la mujer no puede enajenar los bienes inmuebles ni los derechos reales, sin el consentimiento de su marido.

El código también regula el divorcio, pero solo en lo concerniente a la separación de cuerpos, y expresamente establece que no se disuelve el vínculo del matrimonio y sólo se suspende alguna de las obligaciones civiles que se expresaban en el código. De esta forma los cónyuges no quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Se señalan como causas de divorcio: el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, la iniciativa a la violencia por cualquiera de ambas partes, la corrupción de

Derecho Familiar Internacional

los hijos, el abandono sin causa justa del domicilio conyugal, la sevicia y la falsa acusación.

La relación paterno-filial en el código sigue los lineamientos de una familia autoritaria en la que la preocupación por mantener una apariencia de decencia y dignidad ante la sociedad, propiciaba situaciones injustas¹⁸⁴. Se establece en el código, una marcada diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales, y se limita la legitimación de los hijos a los llamados naturales o sea los nacidos de una pareja que en el momento de la concepción no hubiera tenido ningún impedimento para contraer matrimonio.

Referente a la patria potestad, se limita su ejercicio al padre, y a falta de este se prolonga hacia la madre y los abuelos, pero siempre dando prioridad a los varones, es decir, la madre solo podrá ejercer la patria potestad a falta del padre, y la abuela solo en caso de falta de los dos abuelos. Esta situación nos permite ver con mas claridad la poca significación de la mujer en el Código Civil de 1870.¹⁸⁵

Se reconoce desde luego, la obligación del que ejerce la patria potestad de educar al menor convenientemente y se le otorga la facultad de corregir y castigar, templada y mesuradamente, debiendo el hijo permanecer en la casa de quien ejerce la patria potestad y no poder abandonarla sin permiso o por decreto de autoridad competente.

¹⁸⁴ BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Ob. cit., p. 387.

¹⁸⁵ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. *Derecho Familiar*. Ob. cit., p. 98.

Derecho Familiar Internacional

Considerando en principio a la mujer como impreparada para el ejercicio derivado de la patria potestad, se facultaba a la madre para renunciar al ejercicio de la misma, recayendo el cargo en los abuelos, y a falta de éstos, se proveía de un tutor al menor. También era causa de exclusión en el ejercicio de patria potestad, el que la madre o abuela viuda, dieran a luz un hijo ilegítimo.

Por lo que se refiere a la institución de la emancipación, el Código Civil establecía las mismas reglas que han llegado hasta nuestros días, o sea que el matrimonio produce emancipación de pleno derecho, el cual puede obtenerse éste también a través de un decreto judicial cuando se trate de un mayor de 18 años y menor de 21. En cuanto a las limitaciones del emancipado, fueron las mismas que llegaron hasta los códigos vigentes.

Es notorio que este código suprime la institución de la adopción como forma de integrar el parentesco, concretándose en el matrimonio y en la filiación como únicas fuentes de la relación familiar.

Es indudable que el Código de 1870 fue liberalista e individualista, fue uno de los resultados del movimiento liberal del siglo XIX, del cual fueron buenos expositores los franceses. En muchos casos se anticiparon a su época y a las legislaciones vigentes. Sin embargo no se preocupaba por la familia, sino más bien por el individuo sin tomar en cuenta el interés social, el cual es y debe ser el preponderante en cualquier ordenamiento.¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 99

Derecho Familiar Internacional

Catorce años mas tarde, en 1884, se promulga un nuevo Código Civil, que aunque tampoco hace hincapié en la familia, y prácticamente es una copia del Código de 1870, instituye la libre testamentificación, situación provocada por la predominancia del pensamiento liberal e individualista de la época. Se percibe también un cambio en lo referente al divorcio, ya que se declara su prohibición para un matrimonio que tuviera mas de 20 años de celebrado o cuando la mujer hubiese cumplido los 45 años de edad. Se agregan también como causales de divorcio: el hecho de que la mujer de a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato matrimonial, la negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimento, los vicios incorregibles del juego y/o la embriaguez, una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de la cual el otro cónyuge no hubiese tenido conocimiento.

Después de este Código, la situación jurídica y social del país no permitió mas desarrollos de leyes, hasta que las diferencias entre las distintas clases sociales fue tan grande, que provocaron el estallido de la revolución de 1910, movimiento que sentó las bases de un proteccionismo social, prefiriendo el interés colectivo al de las minorías o al individual, y es aquí donde se encuentra la búsqueda de un mejor reparto de la riqueza y mejores oportunidades, proyectándose así en el campo jurídico la protección al núcleo familiar.

En el plan de Guadalupe de 1912, se compromete Don Venustiano Carranza a legislar en materia familiar cuando llegue al poder. El 29 de diciembre de 1914, se expide en Veracruz, la Ley del Divorcio, que en su

contenido, es altamente social, y regulariza atinadamente a la sociedad y a la familia.

En esta ley se dicta claramente que "el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuándo el matrimonio tenga mas de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".¹⁸⁷

Son causas graves, que origina el divorcio: impotencia incurable para la cópula, por impedir la perpetuación de la especie; enfermedades crónicas e incurables que fueran contagiosas o hereditarias; el abandono de las casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales; faltas graves de uno de los cónyuges para con el otro; delitos de un cónyuge contra un tercero que arrojase una mancha irreparable; prostitución de la mujer, en actos directos o intollerancia; corrupción de los hijos, e incumplimiento en alimentos para con los hijos o cónyuge.

Como se puede notar, esta ley marca el inicio de una nueva etapa en materia familiar, pues rompió con los tradicionales moldes de la indisolubilidad del matrimonio, por primera vez en la historia se habla de una ley que permite la ruptura del vínculo matrimonial.

¹⁸⁷ibidem p. 100

El 9 de abril de 1917, fue promulgada la Ley sobre Relaciones Familiares, y ésta fue una ley totalmente autónoma, pues nació al margen del Código Civil de 1884. Esta ley fue de gran adelanto en su época, pues regulaba las relaciones familiares y sus instituciones principales, el matrimonio, la adopción, etc., siendo la primera ley autónoma de Derecho Familiar en el mundo.¹⁸⁸

De esta forma hemos revisado la evolución del Derecho familiar en México. Como común de la historia de nuestro país, muchos proyectos se han dejado en el olvido por negligencia, por políticas mal llevadas o por ignorancia de los responsables. La legislación familiar en México tienen rezagos que no se puede dejar a un lado. Incluso en muchos de los instrumentos internacionales, México ha contraído disposiciones que son vanguardistas y necesarias en la actualidad, pero por desidia o se han incluido en la legislación respectiva, no se acude a ellas para ponerlas en funcionamiento. Proyectos como el Código Familiar del estado de Hidalgo, son intentos que no se pueden dejar aislados y que deben de ser observados como tipo, pues las disposiciones que contiene son de actualidad; además de encontrar en ellas la preponderancia que debe tener la familia en cualquier Estado, lo que nos permitiría estar a la altura de los países que poseen una normatividad familiar acorde con la problemática de hoy día.

VI. EL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

Desde hace tiempo, el derecho Internacional Público, y no se diga el Derecho Internacional Privado, contienen gran número de normas que se

¹⁸⁸Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

refieren a la familia, sin las cuales muchas de las convenciones Internacionales, dejarían de tener sentido.

Muchas de estas ordenanzas han sido objeto de interpretación o de aplicación por parte de tribunales Internacionales o Locales, pero muy difícilmente su posibilidad se ha suscitado como una necesidad plasmada en el fundamento de la convención que le dio origen. Con esto tratamos de decir que aún hoy día en que el Derecho Familiar venció a los escépticos y logró consolidarse como una rama autónoma del Derecho; las estructuras en el poder, y mas específicamente las que atienden a la impartición de justicia, todavía ven con recelo la institución de un Derecho Familiar Internacional como vía par solucionar los problemas que hoy en día nos atañen a todos y, bajo los cuales podemos encontrar siempre una misma condicionante de atención para entender la realidad, logrando una efectividad en la aplicación de la norma.

Las diferentes convenciones pretenden lograr una exhaustividad en la norma, alejándose de la idea del Derecho internacional privado, en su concepción clásica : "ser el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de mas de un estado que pretenden regir una situación correcta"¹⁸⁹, pues el carácter de Internacional, que queremos distinguir en el Derecho Familiar Internacional, debe revestir la obligatoriedad de una norma pactada entre los Estados que los

¹⁸⁹ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob cit.p. 29

Derecho Familiar Internacional

obligue por encima de su derecho local vigente y, que con el rigor de la supranacionalidad adquiera el interés público del Derecho internacional Público.

Conjuntando lo anterior con la aplicación en el derecho doméstico, el Derecho Internacional Familiar ha seguido dos vertientes¹⁹⁰:

En una primera categoría, podemos denominar a las normas pragmáticas, las cuales constituyen un mandato al legislador interno para que adecúe su legislación interna a las reglas o principios del convenio internacional, mandato que debe ser cumplido y cuya omisión puede generar responsabilidad internacional.

Para la segunda categoría de normas, debemos encuadrar, aquellas que no están subordinadas a lo que disponga el derecho interno. De aquí se deriva lo que se ha reconocido como la "autoejecutividad"; siendo aquellas que poseen la cualidad de inmediatez y que producirán directamente efectos en el orden jurídico, sin que sea necesaria la ayuda de una legislación de transformación o de recepción para su aplicación en el orden jurídico interno.

El Derecho Familiar no es diferente a este tipo de categorización, por fuerza algunas de las disposiciones que lo rigen necesitan de acciones legislativas posteriores para encontrar aplicación y otras, en su defecto, por su carácter de obligatoriedad, son auto aplicables (self-executing).

¹⁹⁰Conferecia dictada por: TREJOS, GERARDO. VII Congreso Mundial Sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, C.A. 1992 p. 3

Derecho Familiar Internacional

En lo que respecta a la aplicación del Derecho Familiar Internacional por la jurisdicción internacional, hay innumerables casos resueltos por la Corte Europea, o por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que ponen de manifiesto la fuerza innovadora de la jurisprudencia internacional en materia de familia, sentando lo anterior con fuerza de precedentes, que sirven de sustento y dan vida al Derecho Internacional.

Para dar vida a esta idea, citamos un caso resuelto por la Corte Europea, pero que fue solicitado en la Corte Americana de los Derechos Humanos, las cuales posee una regulación jurídica de la familia análoga, hecho que resalta la importancia que se da a tal institución con un postura general del preponderante papel y de reconocimiento de patrones homogéneos de comportamiento del grupo familiar, que no pueden ser desconocidos por países, o que no se pueden pensar diferentes por el hecho de tener una nacionalidad distinta.

Se trata del caso del señor F contra Suiza, resuelto por la Corte en sentencia pronunciada el 8 de diciembre de 1987. El artículo 156 el Código Civil de la Confederación Helvética dispone : "que la persona que se hubiere divorciado dos veces no podrá contraer otras nupcias sino cuando el divorcio anterior haya sido declarado por mútuo consentimiento, o cuando decretado por otras causales legales no hubiese sido declarado cónyuge culpable". El problema fue que un ciudadano suizo nacido en 1943 y divorciado dos veces se volvía a casar el 22 de febrero de 1983. El 11 de marzo de ese mismo año presentó una demanda ante el Tribunal Civil de Lausana. Este pronuncia la sentencia de divorcio el 21 de octubre e impone al de-

Derecho Familiar Internacional

mando una prohibición de volverse a casar durante tres años, en aplicación del artículo 150 del Código Civil Suizo. El afectado apela en vano por esta decisión ante el Tribunal de apelaciones del cantón Vaduis y ante el Tribunal Federal. Finalmente acude ante la Corte Europea alegando que la decisión de los Tribunales Suizos viola su derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 12 de la Convención Europea. La Corte Europea consideró que efectivamente el artículo 12 de la Convención había sido violado y ordenó al gobierno suizo el pago de la indemnización en beneficio del reclamante. Toda vez que el artículo 12 de tal Convención señala el derecho del hombre y la mujer para contraer matrimonio (*ius conubi*) y a fundar una familia, en cuanto que las condiciones requeridas vayan de acuerdo a las leyes internas, sin que las cuales afecten el principio de la no discriminación.¹⁹¹

Otro ejemplo lo tenemos en el caso resuelto por el Tribunal Europeo, órgano judicial de la Comunidad Económica Europea, tan sonado en el año pasado, donde una chica irlandesa salió de su país para practicarse un aborto en otro Estado miembro de la entonces Comunidad Económica Europea, siendo que Irlanda prohibía tal práctica, trató de impedirselo, pero como gozaba de libertad de tránsito en los Estados miembros no pudo hacer nado el aparato judicial irlandés.

Casos podemos seguir citando muchos, creemos que con los ejemplos citados, logramos fundar la idea latente de la regulación del Derecho Familiar Internacional. La realidad ha superado a lo establecido, hoy por

¹⁹¹ TREJOS, GERARDO. *La Protección Internacional de la Familia y de los Menores*. Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador. p. 220

Derecho Familiar Internacional

fuerza los tribunales internacionales se han visto en la necesidad de conocer casos al respecto; las normas locales se han visto sobrepasadas para acoger los principios que las Convenciones Internacionales consagran y, por ende, es de esperarse un giro en la representatividad de los actores en el campo de las relaciones internacionales, tendiendo a considerar con mas fuerza a la familia como gestor de la sociedad y al individuo como generador de la misma. Tal es el punto central en la vigencia del Derecho Familiar Internacional y, es la necesidad de instrumentación de las concepciones adecuadas para dar paso a la prevalencia de la familia frente al Estado.

Tenemos que resaltar el reconocimiento de la familia en el Derecho Internacional; debemos considerar sus funciones, y su institución en sí como objeto de protección, para que en efecto esté exenta de todo tipo de intervención externa y discriminación. En la declaración Universal de los Derechos Humanos, se afirma que los hombres y las mujeres "disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (artículo 16, prf. 1). Y a pesar de la ambigüedad de algunas que convenciones internacionales que se oponen esta defensa, la comunidad internacional debe revalorar los preceptos, leer e interpretar en toda su extensión los principios y las enunciaciones que contiene tal declaración. En base a ella se debe avanzar para que los instrumentos internacionales posteriores, no contravengan ni disminuyan su intento protector de la familia. Solo así y, con el Derecho Familiar Internacional como herramienta necesaria para su observancia, se podrá consolidar una estructura social, estable y coherente con la naturaleza humana.

VII. NACIMIENTO Y EVOLUCION DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

A lo largo de este capítulo, hemos desarrollado la idea de los antecedentes del Derecho Familiar Internacional. Tratamos de mencionar algunos pasajes de las usos y legislaciones de Grecia y Roma que nos permitieran situar los primeros pasos de esta rama del derecho.

Siguiendo este desarrollo, caminando del lado de la familia, es difícil encontrar un punto que nos señale el principio de nuestro objeto de estudio en este trabajo. No es que se considere por todos como algo existente el Derecho Familiar Internacional, pero independientemente de la aceptación de que goce hoy, con lo que hemos planteado, podemos ver que siempre ha estado presente la familia, que su vigencia como institución puede haber sufrido cambios y transformaciones, pero no ha desaparecido en ninguna etapa de la historia. Por ende, si la familia existió antes que el Estado, es esta la que tiene prevalencia y así cuando se empieza a gestar la idea del Estado como tal, aun remotamente, se debe de empezar a considerar a las relaciones entre éstos como existentes y ahí está el principio del Derecho Familiar Internacional.

No se creó la familia para encajarla en el Estado, no se crearon las normas para surtir consecuencias y formar las relaciones familiares, la familia no es accidente de la existencia humana, la familia nace con la vida y es el punto de toda evolución social e individual.

Derecho Familiar Internacional

De la familia al Estado es muy breve, mas de lo que nos parece; el legado familiar tiene sentido y razón de ser en la búsqueda de la consecución de los recursos del hijo incapaz de proveerse¹⁹². La familia nace de este requerimiento, el mismo que hace nacer al Estado mas tarde y, redondeando la idea, el punto de origen está cimentado en la conciencia individual del sentido de necesidad, y una vez satisfecha, surge la búsqueda de la armonía, de las prácticas y de las normas, nace en la familia, nace en el Estado y consecuentemente se da entre los estados.

A través de todos los procesos históricos por donde nos ha llevado el estudio particular de la institución, hemos visto surgir un principio de lucha, que con mayor o menor verosimilitud, se repetía en todas las civilizaciones antiguas. Respecto de lo cual quisiéramos hacer la remembranza de la dialéctica Marxista , con la lucha de clases, pero en el desarrollo de derecho y de las corrientes políticas, la lucha se ha cifrado entre el individuo, que tiende a su expansión, y el grupo político primario que lo absorbe; o si se quiere ver mas claramente, entre la familia y el Estado.

Y aun hoy en día la familia refleja la evolución, la constante transformación en todo el mundo a lo largo de la historia, debido a los cambios sociales, los problemas económicos y las presiones que ejercen la modernización y el desarrollo.

Con tal tesitura, es claro evidenciar la presencia del Derecho Familiar Internacional, aún antes de que el Derecho Internacional público estuviera

¹⁹²CICU, ANTONIO. *Scritti Minore de Antonio Cicu*. v I, t.I. Edit. Dott. A Giuffrè. Milano, Italia. 1965, p. 85

Derecho Familiar Internacional

presente en los anales de los antecedentes del derecho. Es decir, los estudiosos han supeditado la existencia del derecho Internacional a la existencia del Estado moderno, que para muchos se da con la firma de los Tratados de Westfalia en el año de 1648, nosotros pensamos que la familia, sus interacciones sociales, y las relaciones internacionales en las que funge como, actor no se pueden supeditar a este hecho.

Por lo que desde el momento en que las ciudades estado en Grecia, empiezan a funcionar como estructuras políticas con atributos de un Estado moderno, desde ese momento el Derecho Familiar Internacional está presente; probablemente la institución familiar, sería la perdidora con esta afirmación, pues como hemos dejado claro, su presencia es remota y viene con la vida, no con la historia, pero hemos considerado contabilizar a partir de aquí, porque si calificamos de internacional una rama del derecho, debemos de considerar una estructura política superior, con representación de un grupo determinado de personas identificadas en base a criterios de selección -idea de identificación nacional-, que funja como portavoz de ellos y pragma la concepción de estado-nación.

El Derecho Familiar Internacional fue evolucionando lentamente, después de la caída del imperio romano, lo notable en él, se puede encontrar en los usos canónicos; fueron éstos los que estuvieron normando en Europa en la Edad Media. Con la entrada de los otomanos al viejo continente, volvemos a ver la convivencia entre dos culturas; pero fueron las ideas religiosas las que prevalecían, siendo además incuestionables durante todo este periodo, se seguían por costumbre.

Derecho Familiar Internacional

Es hasta la primera reforma protestante, en el siglo XVI, cuando la iglesia empieza disminuir su dominación, con esto, lo que asemejamos al Derecho Familiar, local o Internacional, sufre un ligero cambio, aunque la médula de los actos permanece resguardada en la solemnidad que siguieron observando los actos religiosos.

Es hasta después de la Revolución Francesa, cuando la ola transformista empieza a hacer cambiar la orientación de la legislación positiva en aquel momento. Ningún sector de las grandes y modernas codificaciones del Derecho Civil, se ha cambiado tan profundamente y en tantas ocasiones, como el derecho familiar a partir de aquellos hechos.

Luego de esos ideales de libertad y de igualdad, la situación de la familia resiente el efecto de la descomposición social, posterior a un movimiento revolucionario.

Los beligerantes apóstoles de la libertad, igualdad y legalidad, trataron de construir una familia considerando los lineamientos de los ilustrados franceses y con las ideas filosóficas de Rousseau y otros.

El matrimonio les parece un simple contrato, por tanto el libre acuerdo para formarlo es la voluntad de las partes, desapareciendo el carácter de religioso; además, siendo un contrato, se es libre para poder terminarlo, haciendo un nuevo acuerdo para disolverlo por voluntad común, admitiendo el divorcio por mutuo consentimiento. Consideran que la libertad debe ir aún mas lejos : no cabría obligar al cónyuge a conservar el estado del que su consorte se niega a liberarlo; se permite por lo mismo el divorcio por

Derecho Familiar Internacional

simple incompatibilidad de caracteres¹⁹³. Consecuentemente con esto, por la falta de previsión del legislador, se suscitó un torrente de divorcios, que no se pudo contuvo, hasta que se volvió a prohibir, y el cambio, que se pudo haber dado, fructíferamente de una manera gradual, resultó en una vorágine, perjudicial para la familia.

Si el principio de libertad, condujo a los revolucionarios a admitir el divorcio, el principio de igualdad los llevó a reconocer la existencia de una supuesta familia natural, junto a la legítima; al afirmar los derechos de los hijos naturales. La aberración de las diputas excluyentes, entre los revolucionarios burgueses, y los conservadores aristócratas, llevó a la República a tomar decisiones fuera de toda lógica y razón; Robespierre presenta un proyecto que confía al Estado la educación de los hijos, y Danton declaraba : "Es tiempo de restablecer ese gran principio que parece desconocerse, el que los hijos pertenecen a la República, antes de pertenecer a sus padres".¹⁹⁴

Como críticos de la historia, no podemos pensar que solo partes buenas, son las que emanan de los movimientos progresistas y trascendentales, como lo fue la Revolución Francesa, pero estos conceptos tienen matices de irracionalidad y odio hacia el Antiguo Régimen, del cual tampoco todo era malo; pero lo importante en este pasaje, es que se reivindican las libertades y los derechos del hombre, fundamentando las todas posturas que defenderán la dignidad en la vida, la postulación de la igualdad y a justicia. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, es

¹⁹³MAZEUD, HENRY Y LEON; MAZEUD, JEAN. Ob cit. pp. 32-33

¹⁹⁴Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

el parteaguas de la reivindicación jurídica del ser humano, de la cual partirán las subsecuentes revoluciones ideológicas y políticas.

Ahora bien, dejemos un poco el caos revolucionario, los frutos más importantes se lograran consolidar hasta que las Naciones Unidas, se erijan como órgano supranacional y vuelvan a tomar los preceptos que defienden y consagran la declaración citada.

Esto es sin duda una etapa importante en el desarrollo del Derecho Familiar Internacional, el movimiento que se inicia a partir de eso, no es visto a partir de consecuencias locales, las verdaderas implicaciones de este conflicto, solo se pueden considerar desde una perspectiva internacional, y en ella, indiscutiblemente, ubicamos la repercusión que este tuvo en el Derecho Familiar Internacional.

Más adelante encontramos un vestigio, en el año de 1857, en Inglaterra con la "Matrimonial Cause Act", que marca definitivamente un cambio en la legislación familiar, que había regido por más de quinientos años, ya que se aleja de la idea de un matrimonio hecho y disuelto en base a un juicio. Pero lo destacable de esta norma, es sin duda el alcance que tiene, pues afecta a todos los miembros de la Commonwealth, y no solo cambia legislaciones locales, sino que se adopta desde un nivel de consenso estatal, con destino individual.¹⁹⁵

¹⁹⁵MULLER FRIENFELS, WOLFRAM. Desarrollo del Derecho de Familia. Revista de la Facultad de Derecho de Venezuela, no. 29. Caracas, Venezuela. Junio, 1964. p. 13

Derecho Familiar Internacional

Otro ejemplo se da en Rusia. Con las nuevas corrientes de principio de siglo, se reinserta la idea socializante, se abate al liberalismo con una posición férrea que logra considerar de nuevo al grupo y no a la persona; desde nuestra perspectiva, que realidad la mas beneficiada de esto es la familia, ya que no obstante las deformaciones con las que algunos regimenes se logran consolidar, los avances ideológicos trascenderán. La conversión en soluciones jurídicas, resulta de una decisión valorativa, que no puede realizarse sin acudir a las imágenes de movimientos éticos y pragmáticos.

Hay que agregar a respecto que en 1917, en México entre en vigor La ley sobre Relaciones Familiares, que es la primera ley autónoma de Derecho Familiar en el mundo. Esta tenía como objeto regular mejor la familia y sus instituciones personales.¹⁹⁶

Volviendo a Rusia, hay que advertir que el Derecho de Familia en este país, ha sido modificado en numerosas ocasiones después de la revolución y dentro de la política de soviétización. Luego del 1917, el objetivo principal consistió en apartar el matrimonio del Estado y la iglesia. El nuevo Código de Familia de 1926 reconoció, tanto el libre matrimonio como el libre divorcio. Pero muy pronto se hizo observar un cambio radical que tuvo su expresión en el Derecho de Familia, "Para el fomento de grandes familias", de 1936. El Derecho de Familia de 1944, "Para la lucha contra un comportamiento irresponsable frente a la familia", intensificó las reglas existentes.¹⁹⁷

¹⁹⁶GUITRON FUENTEVILLA JULIAN. *Derecho...* Ob cit. p. 103

¹⁹⁷MULLER REIENFELS, WLOFFRAM. Ob cit. p. 12

Derecho Familiar Internacional

Podemos ver el notable avance que tuvo en la antigua Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas el Derecho de Familia; lo importante es ver la tendencia que proyecta en los países de Europa Oriental, sobre todo después de la II Guerra Mundial.

Aquí quisiéramos hacer una pequeño paréntesis, para aplaudir esta medida, pues independientemente de que estemos o no de acuerdo con la soviétización de la Europa Oriental, el empuje que la antigua U.R.S.S. ejerció sobre su zona de influencia, permitió que el movimiento de la defensa al Derecho Familiar, no se quedará circunscrito a una frontera determinada, sino que la trascendiera y lograra consolidar una verdadera corriente Internacional. Puede ser que se critique esta tendencia unilateral e impuesta, pero en este caso, el efecto fue favorable y aun para los defensores del liberalismo, no se hubieran opuesto a una tendencia similar en los países de su influencia, hecho que no ha logrado consolidar.

Volviendo al desarrollo de la vida del Derecho Familiar Internacional, la influencia de la U.R.S.S. sobre Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Bulgaria, etc., no se hizo esperar después de la II Guerra Mundial, los cuales ya antes de la repartición del mundo en Yalta, probablemente por su mismo origen eslavo, se negaban a incluir el Derecho de Familia, en el Derecho Civil. Aprovechando la circunstancia, luego de la conferencia de San Francisco en 1945, tales estados han promulgado de manera veloz códigos o legislaciones familiares coincidentes, entre sí.

Derecho Familiar Internacional

En 1946, entra en vigor el Código de Familia en Yugoslavia, y un año después la Ley sobre Relaciones entre padres e hijos; sigue Albania, poniendo en vigencia en 1948 la Ley N° 604 y la N°601, la primera sobre el matrimonio y la segunda sobre las relaciones entre Padres e Hijos; en 1949 se da la ley Búlgara sobre las personas y familia; el mismo año en Checoslovaquia entra en vigor la ley N°265 sobre el Derecho de Familia; el Código de Familia en Polonia hace lo propio en 1950; la ley alemana en la zona oriental, es promulgada este mismo año, y versa sobre el amparo de la madre y el niño; la Ley Húngara sobre el matrimonio, familia y tutela surge en 1952 y; finalmente el Código de Familia Rumano entra en vigor un año después.¹⁹⁸

Aquí vemos como la evolución del Derecho familiar, tanto en sus ámbitos local y externo, no ha estado exenta de las influencias políticas que han marcado este siglo. La falla, puede arguirse, no está radicada en la falta de trabajo por los estudiosos en materia internacional, sino en la posición obstinada de los estudiosos y de las autoridades responsables en el ámbito local, que se niegan a hacer efectivas las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, algunas veces por ignorancia otras por desconocimiento de las mismas.

Esta ola, no con la rigidez con la que se actúa en Europa socialista, llegó también con diferentes matices al resto del continente; incluso e países de América Latina y Asia, se hicieron reformas importantes en materia de Derecho Familiar, que se vieron auspiciadas por la adhesión de

¹⁹⁸Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

los países a varios convenios internacionales que mas adelante comentaremos.

Este esbozo nos demuestra que el Derecho de Familia, en sus dos ámbitos, se ha modificado constantemente en todo el mundo. También la Iglesia Católica reconoce este hecho. En la encíclica Casti Connubi , el papa Pio XI en 1930, se pronunció a favor de que el estado adapte los derechos civiles de la esposa a las necesidades y exigencias de la época actual, bajo la condición de la particularidad de la naturaleza femenina, de la moral y honradez y del bien común de las familias, sobre todo si en un país la situación social y económica de la mujer casada requieren modificación, como consecuencia de las cambiadas relaciones culturales. Sin embargo, dijo, el orden básico de la comunidad del hogar, debe permanecer intocable, ya que este fue establecido por una fuerza mayor, es decir por una autoridad divina y por la razón.¹⁹⁹

No es que este método o punto de vista, en el que el marco del que se partía, era la idea de un estado que hacía trascender en los demás su tendencia, deja fuera a los Tratados Internacionales como afluente principal del Derecho familiar internacional, sino que en esta época era así como se daba con mas regularidad. No es sino hasta después de la institución de la O.N.U., cuando los tratados se vuelven en la práctica mas comunes entre las relaciones de los Estados.

Las referencias a la familia en las diferentes convenciones internacionales se fue haciendo cada vez mas frecuente, lo cual pone de manifiesto

¹⁹⁹ibidemo p. 15

Derecho Familiar Internacional

el interés y el respeto que esta estructura social despierta entre los países de la comunidad internacional. A raíz del establecimiento de Organismos Gubernamentales -segunda mitad del presente siglo-, los instrumentos internacionales fueron evolucionando, al mismo tiempo que se fue estableciendo un equilibrio entre la promoción de los derechos humanos, el respeto de las tradiciones y la protección a la familia en cuanto institución, así como la protección de los derechos humanos de cada uno de sus miembros. De aquí que en este época se puede señalar el despegue vertiginoso el Derecho Familiar Internacional y de otras ramas del derecho.

Documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (mismo año que el anterior), son solo ejemplos de los fundamentos del Derecho Familiar Internacional, basta para comprobar esto, revisar gran parte de los principios que estos como otros, que mas adelante señalaremos, contienen.

Hoy día la proliferación de instrumentos internacionales es incontable, convenciones muy destacables han permitido al derecho evolucionar enormidades en los últimos años. Países de la Unión Europea han comenzado a aplicar de forma múltiple, órdenes judiciales emanadas de un Estado a otro Estado, miembros de la convención de la Haya (la que permite evitar el engorroso trámite burocrático del cartas rogatorias), sin ni siquiera necesidad de una traducción.

Países de América Latina son signatarios de tratados que permiten hoy día establecer objetividad y seguridad en los casos de secuestros y eje-

Derecho Familiar Internacional

cución de deudas por alimentos, obedeciendo las reglas del país receptor²⁰⁰. Estas son las condiciones que guarda hoy el Derecho Familiar Internacional.

VIII. NOTICIA SOBRE LA DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

La familia y los derechos humanos son dos instituciones íntimamente relacionadas. La primera, como institución natural que constituye una comunidad de vida en la cual se recibe la formación humana integral. La segunda, porque recoge las aspiraciones naturales de la humanidad y las plasma en la norma jurídica. Ambas surgen de la naturaleza humana.²⁰¹

Los Derechos Humanos, surgen por el hecho de pertenecer a la especie humana y no por ser un pacto entre personas, o por ser otorgados por la autoridad. Existen derechos que le pertenecen al hombre por el simple hecho de ser un ser humano, por su propia naturaleza y dignidad; existen: "derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados".²⁰²

Tanto los individuos como las familias se esfuerzan por conservar sus tradiciones y la herencia que les enorgullecen, pero el cambio es la característica dominante de la vida de muchas personas. Aunque dentro del de-

²⁰⁰ LINS E SILVA, PAOLO. Un Derecho de familia Independiente. Factor Científico Para un Mejor Desarrollo e Integración Social del Continente. VII Congreso Mundial... Ob cit. p. 238

²⁰¹ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Tema II. Capítulo 3. "La Familia y los Derechos Humanos". San Salvador, El Salvador, C.A. 1992.

²⁰² TRUYOL ANTONIO. Los Derechos Humanos. Ed. Tecnos, Madrid. 2da. ed. 1977. p. 11.

Derecho Familiar Internacional

recho positivo no encontramos una definición de familia, indudablemente ésta es la institución humana mas antigua y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. La familia ha ido experimentando una constante transformación en todo el mundo debido a los cambios sociales, los problemas económicos y las presiones que ejercen la modernización y el desarrollo.

Las referencias a la familia en numerosos instrumentos jurídicos internacionales ponen de manifiesto el interés y el respeto que esta estructura social despierta. A medida que estos instrumentos fueron evolucionando se fue estableciendo un equilibrio entre la promoción de los derechos humanos y el respeto de las tradiciones y entre la protección de la familia como institución y la defensa de los derechos humanos de cada uno de sus miembros.

Hay una serie de instrumentos internacionales que se relacionan con el individuo y la familia: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los derechos del niño (1989), etc. Que comentaremos mas adelante.

Como derechos inherentes al ser humano, en varios de los instrumentos mencionados se menciona el derecho a la vida, indicando que "toda persona tiene derechos a la vida a partir del momento de la concepción. Nadie

Derecho Familiar Internacional

puede ser privado de la vida arbitrariamente”,²⁰³ esto relaciona como derechos del ser humano: el derecho a la dignidad, a la integridad corporal, a la intimidad, al nombre, al trabajo, a la seguridad social, a la salud física y mental, a la propiedad privada, al descanso y a la persona jurídica.

También se hace hincapié en el derecho de igualdad, así mismo, se refieren a los derechos de libertad y seguridad del individuo. Hacen el reconocimiento de la institución de la familia en el derecho internacional en 1948, año en que se aceptó la Declaración Universal de Derechos Humanos. De acuerdo con ésta, “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” (artículo 16, párrafo 3).

Se ha considerado que la reproducción y la crianza de los hijos es otra importante función de la familia. Uno de los derechos fundamentales de los padres es el derecho de decidir cuántos hijos tendrán y cuándo.

En los instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos también se presta atención fundamental al niño, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

De igual forma se hace hincapié en la función que desempeña la familia en la educación, que incluye la transmisión de la cultura tradicional y de la religión. También se espera que la familia eduque al niño con amplitud de miras; sin limitar la función que desempeña la familia en relación con los niños a su bienestar y educación.

²⁰³ Art. 3 Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 6 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Derecho Familiar Internacional

Sobre estas bases, las funciones de la familia se han considerado como objeto de protección y como institución que debe estar exenta de todo tipo de intervención externa y discriminación. En la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia" (artículo 12) y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" (ibid.).

En algunos casos se debe otorgar especial consideración al estrecho vínculo que existe entre el individuo y su familia. En el ámbito de la justicia penal, en la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa. Aún en estos casos la familia es un derecho humano fundamental y se estipula que los reclusos tienen derecho a comunicarse con su familia por correspondencia, a recibir visitas de familiares y a informar a su familia de su detención o su traslado.

En el derecho internacional se ha hecho referencia a la familia en diversos contextos, lo que demuestra que el concepto de familia (su papel y sus funciones) ha ido evolucionando. Sin embargo, la familia, su bienestar y su funcionamiento con suficiente apoyo de sus integrantes, la sociedad y el Estado siguen siendo un importante aspecto de los derechos humanos fundamentales. Se reconocen los derechos humanos fundamentales de toda persona, independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, bienes, procedencia u otros antecedentes. Dada la diversidad cultural y económica del

Derecho Familiar Internacional

mundo actual, el ejercicio de esos derechos exige una cooperación internacional basada en el libre consentimiento y la comprensión de la relación existente entre los derechos humanos y la familia.

Sin embargo, a pesar de todos estos derechos a nivel internacional, existen una serie de familias que se exponen a muchos riesgos, y que en ocasiones no pueden salir adelante. En el mundo de hoy son muchas las familias a las que acechan enormes dificultades que ponen en peligro su capacidad de funcionamiento, e incluso de supervivencia.

El concepto de las familias expuestas a riesgo se deriva de la observación de que las familias que no pueden superar los problemas en un terreno determinado a menudo muestran una incapacidad análoga en otros, y, por ello, corren el riesgo de deshacerse. Por otra parte, las familias que son capaces de superar situaciones difíciles revelan ciertos rasgos comunes que parecen ser decisivos a la hora de superar obstáculos.

Las familias de todo el mundo se ven sometidas de hecho a una presión sostenida e intensa. La enfermedad, la guerra, la pobreza, el hambre, los problemas del medio ambiente y otros factores les imponen cargas muy pesadas, que a veces no pueden asumir. Presiones como éstas no son exclusivas del mundo en desarrollo: de ello dan testimonio los estragos que causan en las familias, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, el desempleo, la droga, el delito y el flagelo del SIDA.

Para afrontar este problema, se ha propuesto una definición práctica de "familias expuestas a riesgos" en el sentido de que son familias incapaces de cumplir las funciones básicas de sus miembros en aspectos tales como

la salud, la nutrición, la vivienda, la atención física y emocional y el desarrollo personal.²⁰⁴

También cabe considerar expuestas a riesgo a aquellas familias cuyos miembros pierden el sentido de seguridad personal y de grupo; aquellas cuyos componentes, a título individual, experimentan explotación física o psicológica, injusticia en la distribución de derechos y deberes; y las familias que corren el riesgo de deshacerse como consecuencia de factores políticos, sociales o económicos.

Algunos factores de riesgo tienen su origen en la propia familia. Entre ellos figuran la violencia doméstica, la adicción a las drogas y el alcohol, el maltrato y el abandono de los niños y el abuso sexual. Cuando esta patología se hace patente, las instituciones públicas o voluntarias pueden desempeñar un papel decisivo asumiendo la responsabilidad de las funciones de apoyo y atención a la familia.

Muchas familias están expuestas a riesgos por fuerzas sobre las que no ejercen ningún poder. Las familias de refugiados y desplazados, las familias inmigrantes, las que tienen un solo progenitor y aquellos cuyos medios de vida se han visto destruidos por la degradación del medio ambiente son sólo algunos ejemplos. En estas circunstancias, es necesario determinar las características de las familias que han sido capaces de atender a sus necesidades básicas. Una vez determinadas, esas características pueden reforzarse en otras familias.

²⁰⁴ Los Derechos Humanos y la familia. Publicaciones de las Naciones Unidas. Año 1993, pp.3-4

Derecho Familiar Internacional

Las familias de refugiados afrontan problemas que les son peculiares. En el repentino traslado del país de origen al de asilo, los cónyuges pueden quedar separados y los hijos pueden verse obligados a dejar a sus parientes. El sentimiento de impotencia y de inseguridad en un entorno extraño, la enfermedad y la malnutrición ejercen presiones enormes sobre las familias que de hecho sobreviven.

Pero incluso en circunstancias extremas, la familia sigue siendo una fuente de fortaleza insustituible. Diferentes organismos internacionales para los Refugiados ha llegado a la conclusión de que las medidas de socorro más eficaces son aquellas en las que se reconoce el valor de la familia; en consecuencia, esos organismos han elaborado un método en el que se aprovechan los recursos y la capacidad de las familias de refugiados para organizarse a sí mismas. Se considera a las familias refugiadas como unidades de auto ayuda en potencia, cuyos activos deben emplearse a fondo.²⁰⁵

También es un problema importante el de las familias con un solo progenitor. Es mucho más probable que vivan en la pobreza los hijos de familias cuyo jefe es una mujer sola que los hijos que viven con ambos padres. En los Estados Unidos, es pobre el 65% de los niños de madres solteras de raza negra, en comparación con solo el 18% de los hijos de matrimonios de raza negra. Las familias con un solo progenitor en que la madre es adolescente presentan el problema más grave, a causa de la falta general de re-

²⁰⁵Ob. cit. p. 5

Derecho Familiar Internacional

cursos económicos y de la poca experiencia en las responsabilidades parentales.²⁰⁶

Algunos de los factores de riesgo de las familias pueden predecirse y evitarse. Rara vez se mide la presencia de las familias vulnerables en el conjunto de la población: es poco lo que se sabe sobre este tipo de familia hasta que empiezan a manifestarse los problemas. Si se dejasen sin diagnóstico y sin tratamiento, las familias vulnerables pronto vendrían a acrecentar la carga de sufrimientos y el costo que representan para la comunidad. Si, mediando un diagnóstico temprano, pudiera tratarse y prevenirse la futura disolución de estas familias, el beneficio sería considerable.

Una prevención eficaz es preferible a los tratamientos terapéuticos, más costosos e ineficaces. Las medidas de "primeros auxilios" incluyen el alojamiento especial, las subvenciones y el reaprovisionamiento y mantenimiento de las familias alojadas en nuevas viviendas. En los casos en que la familia se ve amenazada por la violencia doméstica, por ejemplo, se ofrece protección inmediata en el marco de programas tales como los de centros de acogida, centros de servicios jurídicos para mujeres y niños, líneas telefónicas de emergencia y programas de terapia. Las medidas a largo plazo comprenden una mejor educación y campañas de información pública, además de la mejora de la condición jurídica y social de la mujer.

Para tratar estos problemas, las reuniones especiales entre organizaciones y organismos especializados sobre el Año Internacional de la Fami-

²⁰⁶Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

lia de la O.N.U., han establecido un grupo de trabajo de todo el sistema sobre familias expuestas a riesgos para organizar actividades conjuntas en beneficio de aquellas familias que están en peligro a causa de su vulnerabilidad o disolución.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

I. CONCEPTO DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL.

Hemos seguido de cerca el desarrollo del Derecho Familiar en el tiempo y la evolución en su estructura, la familia como institución ha sido objeto de estudio de nuestro trabajo. Ahora tenemos que unir esas líneas de progreso que han recorrido la familia y el Derecho familiar, que como pudimos ver no siempre han sido paralelas, ni se han orientado a la conjunción del problema en un nivel internacional.

En tanto no se reconozca al Derecho Familiar Internacional, con su realidad, y lo que representa, no podremos darle integridad y coherencia a la normatividad internacional de la familia, como institución común, a toda la humanidad, ni resolver sus problemas.

Es tarea de todos los estudiosos del derecho -y de nosotros los sustentantes-, abanderar el bienestar y la justicia como razones de lucha constante de nuestra actividad. Los principios generales del derecho, no serán cumplidos, sino se adopta una defensa de la familia, como parte preponderante de la sociedad y del Estado. Qué derecho tendría para existir, si dejase desprotegida a la célula básica de la sociedad y resguardo de la vida social del hombre que es la familia.

Derecho Familiar Internacional

Cómo podría desarrollar la idea de un vida digna del hombre, sino es la familia quien se encargue de escudarla y propiciarla. El Estado entra en este juego, no es espectador del mismo, pues la familia es la base de su constitución; la presencia del Estado se debe dirigir a la protección de la familia, al fomento de las actividades encaminadas a fortalecer su unión y lograr una estabilidad en la vida de los individuos; razones que solo tendrán eficacia, si se realizan a través de programas dirigidos a la familia.

Tomando en cuenta la importancia de la participación de la familia, en las relaciones presentadas en los grupos sociales, podemos situarla en el centro de las actividades políticas, jurídicas y económicas, ya que ella es quien las inicia y les da vida, pero también su naturaleza polifuncional, la vuelven muy vulnerable. Si en realidad queremos fortalecer a la familia, para no someterla a riesgos, debemos contribuir en el cuidado por parte de los grupos gubernamentales y nosotros mismos, solo así lograremos la eficacia en sus tareas en todos los lugares del planeta. Debemos reiterar, la familia, no es un problema aislado y local, debemos abandonar los tabúes del derecho privado de considerarla como una materia entre particulares, en la que el Estado rara vez tiene ingerencia, arguyendo la no violación a la privacidad de la familia, razón endeble para disculpar la falta de protección que debería brindar.

a). Definición del Derecho Familiar Internacional:

Tenemos ahora que definir el Derecho Familiar Internacional, para diferenciarlo y dotarlo de características propias, que den la posibilidad de mostrar cual es el sentido y la dirección de su desenvolvimiento. Esta no

Derecho Familiar Internacional

es nuestra aportación, el Derecho Familiar Internacional es algo que siempre ha estado presente; como se constata con las reseñas históricas realizadas en los capítulos anteriores, por lo que, hoy resaltamos, lo que otros se resistían a aceptar.

El Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de un familia, sus relaciones internas así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.²⁰⁷

La definición anterior debe ser entendida en toda su extensión, al abarcar las relaciones internas y externas, no se construye a señalar un ámbito de validez, su alcance no queda agotado con una normatividad localista, va mas allá de la misma y trata de ubicarse en un nivel de competencia supra-estatal. Sus fines, no quedan limitados a la verticalidad del derecho, donde siempre habrá una autoridad y un receptor en nivel inferior que acata los dictados de la primera, la familia se convierte en un institución imperante al Estado, que por cuestiones de eficacia y de competencia jurídica tienen que regirse por leyes locales.

Está es precisamente nuestra tesis. Respecto al Derecho Familiar Internacional, cuando el límite de aplicación de una norma, llega hasta las fronteras entre países, se debe encontrar no una ley que determine esos supuestos por aplicar (esa es la parte del Derecho Internacional Privado), sino la norma que trascienda circunscripciones, por tratarse de una insti-

²⁰⁷ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Qué es el Derecho Familiar, Segundo Volumen. Edit. Promociones Jurídicas Y Culturales S.C. México, 1992. p. 40

Derecho Familiar Internacional

tución que va mas allá, y que se deben regir, al menos sus fundamentos generales, como en cualquier parte del mundo.

Nosotros sustentamos que el Derecho Familiar Internacional, es un conjunto de disposiciones de Derecho Familiar, adoptadas por los Estados, que pretenden regir los principios generales que señalen las directrices de las relaciones familiares, de la misma manera, en cualquier parte en que éstas se den, mirando siempre por el bienestar de la familia como institución y no al individuo, como parte de un Estado. La familia es un bien común, de pretensiones generales, que sobrepasa al Estado y se enroca en los niveles más altos de prevalencia moral y jurídica.

b.) Análisis de los Elementos del Derecho Familiar Internacional:

Los elementos fundamentales de este concepto, señalan en una primera instancia, un conjunto de disposiciones, es sabido que en Derecho Internacional no se debe hablar de normas, ya que la eficacia de las mismas, estará siempre supeditada al arbitrio de las partes para hacerla positiva. Mientras no exista un poder coactivo que se ocupe de la observancia obligatoria de las mismas, es mejor precisarlas como, meras disposiciones.

Mencionamos también la necesidad de que las disposiciones sean adoptadas por los Estados, únicos entes a nivel internacional, que pueden negociar a nombre de los pueblos que representan, y por otro lado las familias seguirán siendo parte de los Estados, los cuales le brindan protección para no hacerla vulnerable. Si no se ve esta parte, como indispensable, no

Derecho Familiar Internacional

se podrá hablar de un derecho con disposiciones propias, que sustenten una autonomía determinada y con carácter supranacional.

Al hablar de la pretensión de regir los principios, dejamos abierto el manejo de las disposiciones, para que estas no desconozcan las necesidades particulares de cada región, sobre las cuales se van a aplicar. Los principios señalarán los requisitos mínimos que las normas locales deben adoptar para cubrir los lineamientos capaces de propiciar la dignidad y el desarrollo estable y sostenible de la familia, en los niveles económicos y morales.

Estas directrices deben ser comunes en todos los Estados. Buscar que la ratificación de los instrumentos de Derecho Familiar Internacional tengan la mayor amplitud en el número de Estados que los signen, para que la familia sea vista como institución común y no como un raro fenómeno en algunas partes. La adecuación a la especificidad de cada región, vendrá dada por la libertad que concede la directriz del principio, para la adecuación de la norma local, que en ningún momento lo contravenga.

Al hablar de bienestar nos referimos a la familia en toda su amplitud. Tomamos en cuenta elementos abstractos, que pueden ser cuantificables, es decir, recurriendo a cifras para evaluar, que ese bienestar, se vuelva efectivo y operativo y no solo enunciativo y utópico. Finalmente abogamos por una familia integrada, no dividida en cada uno de sus integrantes como entes autónomos. La importancia de la familia radica en su unión y en su permanencia, como institución estable e identificable, por tal motivo, al

Derecho Familiar Internacional

atomizarla, estamos propiciando su destrucción, teniendo que ser vista como unidad social, como célula focal de la sociedad.

c.) Clases de Derecho Internacional y Diferencias entre ellas:

Para entender la diferencia entre los Derechos internacionales y el Familiar Internacional, tenemos que mencionar las definiciones de los primeros y así no caer el error de omitir su enunciación. Es Derecho Internacional Privado el "conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta" ²⁰⁸. Como lo habíamos señalado, esta rama del derecho, no pretende crear un ordenamiento superior, sino limitarse a decir, cual de los locales tiene preferencia sobre el otro, lo que no incluye la idea de supra- nacionalidad de que está dotado el Derecho Familiar Internacional, por su naturaleza jurídica.

Por otro lado, el Derecho Internacional Público es "el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, o más correctamente, el derecho de gentes rige las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional". La función de este derecho, es establecer los derechos y los deberes de los Estados en la comunidad internacional; determinar las competencias de cada Estado y reglamentar las organizaciones e instituciones de carácter internacional.²⁰⁹

²⁰⁸ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. Ob cit. p. 29

²⁰⁹SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 16ª ed. Edit. Porrúa. México, 1991. p. 3

Derecho Familiar Internacional

Cuando el derecho Internacional Público se refiere a los sujetos o personas de la comunidad Internacional, alude a los Estados como actores en la vida Internacional. Por ejemplo la Corte Internacional de justicia de la Haya, no reconoce personalidad jurídica internacional al individuo, como tal, sino solo al Estado, por lo que esta definición, además de presentar este defecto, no es en esencia, lo que tratamos de abarcar con el Derecho Familiar Internacional.

Tampoco estamos de acuerdo, en que se denomine "Familia de Naciones" a un grupo de Estados, que comparten un interés común, dado que la igualdad entre los países no es homologable a la de los miembros de una familia, donde no se tiene un igualdad en términos de decisión, hecho presente dentro de los estados; o la división de actividades en una familia que no será nunca igual en el nivel internacional. Las nuevas corrientes de los estructuralistas y la de los neorealistas, han realizados estudios importantes (vgr. Bull, Waltz*) donde se rechaza la analogía doméstica al sistema internacional.

Mientras que el Derecho Familiar Internacional, repitiendo la definición que ya establecimos, es un conjunto de disposiciones de Derecho Familiar, adoptadas por los Estados, que pretenden regir los principios generales que señalen las directrices de las relaciones familiares, de la misma manera, en cualquier parte en que éstas se den, mirando siempre por el bienestar de la familia como institución y no al individuo, como parte de un Estado. La familia es un bien común, de pretensiones generales, que sobre-

* Consulta a : BULL, Hadley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Columbia University Press. New York, USA. 1977; WALTZ, Kenneth. *Man, the State and War: A Theoretical Analysis*. Columbia University Press. New York, USA. 1954.

Derecho Familiar Internacional

pasa al Estado y se enroca en los niveles más altos de prevalencia moral y jurídica.

Y a diferencia de las dos ramas del derecho internacional que ya estudiamos, tiene un alcance supranacional, pero un fin interno, que es la regulación de las relaciones familiares; se dirige a los individuos como receptores primarios de sus preceptos, y los Estados como los receptores secundarios, para tener que acatar sus resoluciones y aplicar las sanciones que este derecho imponga.

II. ENFOQUE DEL DERECHO FAMILIAR Y DEL FAMILIAR INTERNACIONAL EN LOS ORGANISMO INTERNACIONALES

En diversas organizaciones y tribunas el Derecho Familiar, en un enfoque Internacional, ha sido objeto de mucha actividad en los últimos años. La inquietud que ha despertado en los diferentes tratados celebrados sobre el tema, ha hecho surgir de nuevo la voluntad de los Estados y de las organizaciones no gubernamentales, para recobrar los valores familiares, que vuelvan a dar coherencia a este mundo, cada vez mas decadente.

La herramienta del desarrollo y del progreso, será siempre la pregunta con muy variadas respuestas, pero que siempre se verán como medios para obtener algo. La familia es un fin en sí misma, pero como origen de toda actividad del hombre, es el punto de partida y el recurso para conseguir mediatamente, cualquier objetivo deseado de la sociedad.

Derecho Familiar Internacional

El Derecho Familiar condiciona y determina el elemento humano del Estado, el cual es la suma de grupos familiares. En esta fase final de siglo, la sociedad se ha visto influenciada por un creciente número de hechos, que han alterado la estructura familiar, la cual no se ha visto aparejada por una actualización de la legislación familiar, de manera local, y mucho menos, a un nivel internacional.

Los Estados, cerrándose en su legislación egoísta, con un ordenamiento hermético, han dificultado la aplicación de la norma extranjera en su territorio, y han considerado la normatividad contenida en los instrumentos internacionales como violaciones a su celosa soberanía.

Los problemas a que nos enfrentamos, sugieren que estamos retrocediendo, regresando a un pasado triste y nefasto, para el desarrollo del Derecho familiar. El tráfico de menores, los secuestros, los fraudes sobre los recursos destinados a proveer de alimentos a los necesitados, nos hacen recordar los tiempos feudales, donde estas practicas eran cotidianas y no mal vistas.

En este contexto la familia levanta su voz y reclama una legislación internacional apropiada y específica, autónoma y observada; con un doble grado de jurisdicción, igualmente especializada (local e internacional) que se traduzca en un trato mas humano y objetivo, menos burocratizado y mas preocupado, en el aspecto social, que el patrimonial que engloba a la familia.

Derecho Familiar Internacional

a.) Desarrollo del Derecho Familiar Internacional en los Movimientos Americanos:

Podemos empezar hablando, del ideario común de los países de América, desde el siglo pasado; época en que se empiezan a consolidar los movimientos de independencia de muchos de estos. Sin duda, la similitud en el origen, de casi todos los países de la región, despierta en ellos una identidad compartida, que los anima a luchar por fines comunes; el primer resquicio de esta intensión, se encuentra en la idea de Bolívar y de los Unionistas, que pretendían liberar a toda la América para reunirla bajo un mismo régimen; después aparece el movimiento del panamericanismo.

El "panamericanismo", como movimiento de unidad entre los países de América, ha estado presente desde inicios del siglo pasado. Fué un término aplicado comúnmente para promover la paz, la seguridad, las relaciones comerciales, culturales y políticas, así como la prosperidad general entre los pueblos del continente americano²¹⁰. Notándose este sentimiento en todos los países de dominación ibérica, dada la vulnerabilidad en que habían nacido requería de un entendimiento y cooperación mutua que los hiciera afrontar los peligros que representaban en aquel momento una posible regresión a la dominación de otra potencia Europea del siglo XIX.

Este movimiento de integración se puede dividir en tres etapas:

La primera se ubica en el año de 1824, con la invitación que expide Bolívar, a los países de la América Española, para formar una confederación; los embajadores plenipotenciarios atienden esta petición en Panamá en el

²¹⁰SEPULVEDA, CESAR. *Derecho Internacional*. Ob. cit. p. 352

Derecho Familiar Interneconal

1826, asistiendo México, la Gran Colombia, Centro América y Perú, reunión donde surge un tratado de Confederación, que preveía el establecimiento de un Congreso Permanente de las naciones americanas, para preservar la paz entre los países latinoamericanos (este Tratado solo lo ratificó Colombia).²¹¹

El siguiente paso dentro del panamericanismo se ubica en la Conferencia de Lima de 1847, al que acudieron Bolivia, Chile, Ecuador y Perú. En este había mayor afinidad regional entre los participantes, por los que los Instrumentos Internacionales que surgieron de esta reunión tuvieron vigencia y ratificación de sus participantes; estos fueron : El Tratado de Confederación y el de Comercio y Navegación.²¹²

Se sucedieron convenciones y congresos, todos ellos infructuosos. El último intento se efectúa en el Congreso de Lima de 1864, que se queda en ideas utópicas y mal elaboradas, no permitiendo una dirección común a los países del nuevo mundo. Después, los pueblos de la región se dedican a temas mas específicos y técnicos para la negociación, lo cual se entiende, dejan de percibir el peligro de alguna posible amenaza del exterior, lo cual se refleja en la última conferencia de este periodo, celebrada en Lima en 1877, donde se abordaron temas de Derecho Internacional Privado.

Los antecedentes mostraban en aquel momento, una verdadera intención para unificar objetivos y programar ideales de regionalización efectiva. El primer intento de unificar esa codificación en materia de Derecho

²¹¹Ibidem. p. 352

²¹²Ibidem. p. 353

Derecho Familiar Internacional

Internacional Privado, se da a raíz de esta reunión en Perú en el año de 1878. La invitación del gobierno de este país, pretendía una codificación del Derecho Internacional privado, analizando cuestiones sociales, civiles y familiares. Era un intento bien intencionado con un gran contenido en normas de Derecho Familiar internacional, como el reconocimiento del matrimonio celebrado en un país extranjero, sucesiones, reglas para solucionar conflictos de leyes sobre el estado civil y capacidad jurídica de las personas, además de otros temas comerciales y de internacional privado. Este intento, se ve obstaculizado por la oposición de los Estados Unidos de América, país que no lo acepta por arguir, que su derecho consuetudinario y su sistema federal, le impedirían llegar a un acuerdo con el resto de las naciones americanas.²¹³

La segunda etapa presenta una característica importante, se nota la presencia de los norteamericanos en el continente. En estos años, cobra fuerza la doctrina Monroe, a pesar de que fué enunciada a principios de siglo. Surge una reacción de armonía entre el norte y sur, aunque el objetivo estaba bien delimitado, se intercambiaban ventajas comerciales que beneficiaran a los estadounidenses, a cambio del reconocimiento de ciertos principios jurídicos y políticos para los países latinoamericanos. Esta etapa inicia en el año de 1889, fecha en que se celebra la conferencia Panamericana en Washington.²¹⁴

Se presentan algunos avances en la institucionalización de la unión panamericana, sin embargo, las diferencias entre Estados Unidos y el resto

²¹³ARALLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. Ob cit. p. 83

²¹⁴SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. Ob cit. p. 354

Derecho Familiar Internacional

de los países de América, dividie al continente entre dos bloques muy distintos; y por ello muchas de las reuniones terminan sin una conciliación entre los integrantes.

Sin embargo a pesar de los fracasos, esta etapa termina con un final muy alentador, que serviría, además de vínculo, para el inicio del tercer periodo. En 1928, se lleva a cabo la Conferencia de La Habana, donde surgen instrumentos importantísimos como: La convención sobre agentes diplomáticos, la Convención sobre agentes consulares, la de Tratados entre otras, pero especialmente importantes para nuestro objeto de estudio surge un código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante . Igualmente, en esta convención, surgen los primeros fundamentos par la organización regional, mas tarde la O.E.A., con la adopción de la Convención sobre Unión Panamericana ²¹⁵.

Ahondadndo un poco sobre el Código Bustamante, por la importancia que esta obra tiene, diremos queesta compilación de Derecho Internacional Privado, contenía cuatro libros, uno de los cuales se abocaba a la materia civil, a la materia familiar. Era un ordenamiento que constaba de 437 artículos, con pretensiones de unificar las normas internacionales a nivel continental.

En 1927, la Comisión de Jurisconsultos, tiene a la vista el proyecto de Bustamante, y después de examinarlo lo aprobó y lo transmitió a la sexta Conferencia Panamericana, que se reúne en la Habana un año después, como ya lo comentamos.

²¹⁵Loc cil.

Derecho Familiar Internacional

Esta Conferencia tienen una labor activa y en ella se aprueba en pleno el Código de Sánchez de Bustamante, quien era delegado de Cuba en la conferencia y un eminente jurista quien estimó tener la fórmula general para lograr la codificación en América del Derecho Internacional Privado, enviándose a continuación a los diferentes Estados para su ratificación.

La importancia de este proyecto destaca con evidencia por el simple hecho de lograr la ratificación en quince naciones americanas : en Cuba y Panamá en 1928; un año después en República Dominicana, Brasil, Perú y Guatemala; en 1930 hace lo propio Haití, Nicaragua, Costa Rica y Honduras; El Salvador en 1931, Bolivia y Venezuela en 1932, Chile un año más tarde y, en Chile está pendiente en depósito.²¹⁶

En realidad, en diez de estos países, se lleva a cabo esta ratificación, en los otros cinco, se ha subordinado su eficacia a las reservas. Pero lejos de estos problemas, es importante destacar que es la obra más importante del Derecho Internacional Privado, y en su parte específica, también de Derecho Familiar Internacional, realizada hasta nuestros días, solo comparable a la Declaración del Año Internacional de la Familia, a instancias de las Naciones Unidas.

Regresando al Código en cuestión, su génesis se remonta al acuerdo de la IV Conferencia Panamericana (Río de Janeiro 1906), la cual constituía una comisión para la creación de una codificación conjunta, acuerdo que se renueva en Chile en 1923. La última comisión toma estos trabajos, en los que las leyes eran clasificadas en tres diferentes categorías : de orden

²¹⁶ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob.cit. p. 85

Derecho Familiar Internacional

público interno, de orden público internacional y de autarquía personal. Definitivamente, Sánchez de Bustamante resalta como solución a las tres esferas, la unificación de una norma transnacional. Con tal fórmula, la finalidad esencial es lograr una solución uniforme de un mismo conflicto de leyes, sea cualquiera el Estado, cuyos tribunales hayan de resolverlo.²¹⁷

Como ya dijimos, el código consta de 437 artículos, divididos en cuatro libros : Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal Internacional. Su técnica jurídica, así como la distribución de materias dentro de cada uno de los libros, está acomodada a la legislación cubana, la que proviene desde antes de la independencia, es decir igual que el Código Civil Español, por ende muy parecido a todas las disposiciones relativas en América Latina.²¹⁸

De tal magnitud ha sido considerada esta obra, que Adolfo Miaja de la Muela, ha clasificado a los países de la América hispana en cuatro grupos : a) Los que no están ligados por normas de conflictos internacionales, b) Los sometidos al Código Bustamante, c) Los vinculados por los Tratados de Montevideo, d) Los que han aceptado ambos sistemas.²¹⁹

Esta importancia no es exclusiva de Miaja de la Muela, también son importantes como autores Niboyet, Caicedo Castilla, y Duncker Biggs entre otros, quienes han reconocido esta importantísima labor.²²⁰

²¹⁷MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. Derecho Internacional Privado. t. I. Edil. Lope de Vega. 9ª ed. Madrid, España. 1985. pp. 536-537

²¹⁸MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. Derecho Internacional Privado. Ob cit. p. 537

²¹⁹ibidem. p. 538

²²⁰ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob cit. p. 85

Derecho Familiar Internacional

Definitivamente Sánchez de Bustamante fué un hombre adelantado a su tiempo. Un visionario de la importancia y trascendencia de la aplicación del Derecho en un ámbito continental. La terquedad de los gobiernos muchas veces trunca ese propósito noble y vanguardia, que pueden llevar a evitar problemas posteriores. El Código Bustamante no goza de infalibilidad, incluso no reconoce la autonomía del Derecho familiar del Civil, pero es sin duda un adelanto muy grande a la unificación de la norma, que no se limita a la resolución de un conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio, sino que da reglas específicas y determinantes para la aplicación transnacional y supranacional de la norma. Es, sin duda, un ejemplo que los interesados en la materia deberíamos seguir, y los gobernantes deberían respetar.

El último periodo en el desarrollo del movimiento de unión y organización regional, lo podemos ubicar en el año de 1933. Se abandona la palabra "panamericanismo". Roosevelt, destaca de entre los jefes de estado por su interés de orientar los intereses de los países de América, para la búsqueda de fines comunes. En aquel año, se celebra en Montevideo, la séptima conferencia Interamericana. Cinco años después, la Conferencia Internacional de los Estados Americanos, emitiéndose de esta la Declaración de Principios Americanos, plataforma que sienta las bases para constituir en 1948 la Organización de los Estados Americanos, clímax del movimiento regional. Después la actividad panamericana, ha decaído mucho.

b.) Tratamiento del Derecho Familiar Internacional en la Organización de Estados Americanos (O.E.A.):

El futuro de la O.E.A., en cuanto al Derecho familiar Internacional, era bastante prometedor en sus inicios; probablemente por la diferencia en los sistemas legislativos entre los Estados Unidos y el resto del continente, hubo discusiones e intentos unificadores, poco conciliatorios. Desde que se institucionaliza la relación en la Organización, la evolución lógica era la de un proliferación importante, para los instrumentos jurídicos.

Los antecedentes mostraban en aquel momento, una verdadera intención para unificar objetivos y programar ideales de regionalización efectiva. Luego de los intentos de Lima en 1878, y del Código Bustamante en 1928, el movimiento de las naciones americanas, se dan dentro de las O.E.A. principalmente.

Fué en 1975, en Panamá, donde se realiza a instancias de la Organización de Estados Americanos, la Primera Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, marco de seis convenciones sobre comercio y Derecho Internacional Privado; en cuanto al Derecho Familiar Internacional, una de las convenciones, se celebra sobre cartas rogatorias²²¹.

Después se adopta la II Resolución, para solicitar a la Asamblea de la O.E.A. convocar a la segunda conferencia especializada en la materia. Esta se celebra en 1979, concluyendo con los trabajos iniciados en la primera

²²¹C atedra dictada por la Dra. Leoba Castañeda Rivas. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Morelos. Marzo, 1994

Derecho Familiar Internacional

conferencia. Agregan a la actividad anterior una convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, otra sobre Domicilio de Personas Físicas y un Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, iniciada en la conferencia anterior ²²². Temas todos relacionados directamente con el Derecho Familiar Internacional.

Abrimos un pequeño paréntesis entre la celebración de las conferencias de Derecho Internacional Privado, para decir una palabras sobre la Declaración Interamericana de la O.E.A. de los Derechos de la Familia del 18 de noviembre de 1983. Los antecedentes de esta, fueron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reconociendo como lo fundamental en el individuo, formar una familia. Otro antecedente está en la Novena Conferencia de la O.E.A., celebrada en Bogotá y en la de Costa Rica del 69, al hacer hincapié en la importancia de la constitución de la familia y su protección. De igual forma se sustenta en a las asambleas XIX y XX de la Comisión Interamericana de Mujeres, quienes solicitan a la O.E.A. declarar un año Interamericano de la Familia, petición que se ve apoyada en las reuniones LII y LIII del Instituto Interamericano del Niño donde se aprueban resoluciones sobre Derecho Familiar Internacional. Así, se toman en cuenta estas actividades, para decretar a 1983, como el "Año Interamericano de la Familia". En sus declaraciones, se refieren al niño, a los padres, al derecho a la intimidad en la vida familiar, a la educación que debe ejercer la familia y la de sus hijos, a transmitirles sus valores sociales y culturales, así como obtener del Estado el apoyo necesario. Se refirió a las necesidades básicas de protección y seguridad social para la familia y a

²²²ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob cit. p.68

Derecho Familiar Internacional

que las familias formen parte de las asociaciones civiles, culturales y en especial del, bien público.²²³

Desgraciadamente esta declaración no tuvo el efecto que se hubiera previsto, y al celebrarse la tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado en La Paz, Bolivia, en el año de 1984, se aprobaron 4 tratados de Derecho Familiar Internacional : Convención Interamericana sobre Conflicto de leyes en materia de Adopción de Menores, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Internacional de las Sentencias Extranjeras -parte del Derecho Familiar Internacional-, la Convención Interamericana sobre Personalidad y la Capacidad de las Personas Jurídicas en Derecho Internacional Privado y Derecho Familiar Internacional, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero -parte del Derecho Familiar Internacional-²²⁴. Como es obvio en esta Conferencia se desplazó casi por completo al Derecho Internacional Privado, y fué el Derecho Familiar Internacional el que ocupó el mayor espacio dentro de estos convenios.

Este hecho es reforzado en su totalidad, cuando en la cuarta conferencia celebrada en Montevideo Uruguay en el año de 1985, los tres convenios que se efectúan, caen dentro del campo del Derecho familiar internacional, ubicando así la notada preocupación que tienen todos los países de la región, por darle preponderancia frente a cualquier tema de discusión. Estos convenios fueron : la Convención Interamericana sobre Restitución

²²³ Organización de los Estados Americanos. Secretaría de Asuntos Jurídicos. Washington D.C., U.S.A. 1983. Resolución 67813-0/83. Edición Oficial. p. 93

²²⁴ Cátedra Dictada por la Dra. Leoba Castañeda, ob cit.

Derecho Familiar Internacional

Internacional de Menores; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y; la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera²²⁵.

Finalmente en 1994, se celebra en México la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, la cual versó entre otros temas, sobre el tema relativo a los aspectos civiles y penales del tráfico de menores. Como resultado de sus negociaciones dicha conferencia diplomática aprobó dos tratados : La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores ²²⁶.

La coordinación multilateral en asuntos de Derecho Familiar Internacional vuelven a resaltar en este último foro. La terquedad de las autoridades y de los entendidos en la organización de estas conferencias, propician las desinformación y el poco cuidado para llevar a cabo las negociaciones sobre los temas de Derecho Familiar Internacional, incluso el nombre de estos foros, debe incluir este nombre, junto al del Derecho Internacional Privado, pues son ramas diferentes y no se debe eclipsar por ignorancia o mala fe, la importancia del Derecho Familiar, si como hemos visto, dichas conferencias constan casi en su totalidad de temas de Derecho Familiar Internacional.

²²⁵ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob cit. p. 89

²²⁶GARCIA MORENO, VICTOR CARLOS. *Tráfico Internacional de Menores: Análisis de la Convención Interamericana*. Julio 1994. México D.F., México p. 1

c.) Panorama Contemporáneo del Derecho Familiar Internacional en América Latina :

En América Latina el desarrollo del derecho privado, ha recibido la influencia directa del viejo mundo, notablemente del Civil Francés (1804), del Civil Italiano (1865), del Código Civil Alemán (1900), todos ellos con influencia notable del Derecho Canónico, y este a su vez del Derecho Romano.

Siguiendo la línea del Código Napoleón, en todos los países de América Latina, la legislación familiar se encuentra contenida en el Código Civil en la primera parte Especial. Exceptuando de esto a Bolivia (1972), Costa Rica (1973), Cuba (1975), el Salvador (1994), y recientemente Panamá (1995), países que ya tienen en vigor Códigos especiales de Derecho Familiar²²⁷.

La mayoría de las legislaciones civiles en nuestro continente, fueron elaboradas en los primeros veinte años del presente siglo, fase histórica de un hegemonía patriarcal, originada de la cultura y civilización europea, donde la mujer era vista en segunda plano, sirviendo solo para la maternidad, quehaceres domésticos y asistencia al marido. Este ejercía la patria potestad y era jefe de la sociedad conyugal. La mujer casada no podía ejercer profesión alguna, sin permiso del marido.

²²⁷LINS E SILVA, PAULO. Un Derecho de Familia Independiente. factor Científico para un Mejor Desarrollo e Integración del Continente. Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, C.A. 1992 p. 231

Derecho Familiar Internacional

Estas características, poseen identidad con el patriarcado. Las normas jurídicas en nuestros países -México entre otros-, fueron idealizadas y posteriormente promulgadas por la influencia directa del sexo masculino, dentro de una fuerza excesivamente conservadora, herencia de la cultura feudal europea. Por costumbre e instinto, el hombre ha legislado sobre el Derecho Familiar, creando normas jurídicas con una fuerte protección a sus derechos, contraponiendo a la figura femenina, discriminaciones como las que citamos arriba.²²⁸

Este conservadurismo se ve perfectamente en el poder judicial; en cuanto a las nuevas tendencias del Derecho Familiar. Hay renuencia para aplicar las normas adoptadas. Observa entrañablemente, los preceptos vigentes, no aceptando de inmediato las novedades dictadas por el Poder Legislativo, o las contenidas en los instrumentos Internacionales, que sus gobiernos ratifican. La Iglesia es también un obstáculo grande, para adoptar las reformas que la legislación familiar exige para adecuarse a la realidad actuante.

La década de los setentas fué muy importante para el Derecho Familiar. Se presentaron los movimientos de liberación femenina, el advenimiento de las píldoras contraceptivas, siendo sucesos que motivaron la reforma a diversas legislaciones, de nuestro continente.

Estos cambios, están la regulación referente al riesgo del embarazo por parte de la mujer, razón que pudo transformar el comportamiento de la mujer en su medio social. Los principios que obligaban a la mujer a llegar

²²⁸LINS E SILVA, PAOLO. Un Derecho... Ob cit. p. 233

Derecho Familiar Internacional

pura y virgen al matrimonio fueron disminuyendo con los controles de embarazo. Se ha reconocido de alguna manera, la relación de hecho. Incluso en gobiernos dictatoriales se ejerció una influencia sobre el poder Legislativo para la elaboración de normas menos rígidas en el campo familiar, ejemplo de lo anterior lo tenemos con la entrada en vigor del Código de Familia Boliviano en 1972, o el de Cuba de 1975.

Siguiendo con los usos heredados de la legislación europea del siglo pasado, los países de la América Latina, siempre han sido excesivamente burocráticos en la aplicación de formalidades de procedimientos y cumplimiento de las órdenes judiciales de otros países, en materia de Derecho Familiar. Un ejemplo de ello lo tenemos en las famosas cartas rogatorias; que deben ser expedidas con la orden judicial, remitidas al Ministerio de Justicia con la traducción al idioma del destinatario, donde será aplicada; el Ministerio de Justicia después de examinar la materia, envía al Ministerio de Relaciones Exteriores que por su vez envía diplomáticamente para el Ministerio del otro país, que cursará al Ministerio pertinente que girará al poder Judicial respectivo para efectos del cumplimiento de la orden judicial, del país rogante o postulante; luego de las formalidades de procedimiento en el país rogado, se devuelve la documentación por la misma vía. Podemos imaginar el tiempo que toman estos expedientes para surtir eficacia, si pensamos en la necesidad de algunos familiares, para recibir una pensión alimenticia, nos daremos cuenta que la expedita y pronta aplicación que necesita el Derecho Familiar, no se puede ver reflejada en estos procedimientos engorrosos y obsoletos.

Derecho Familiar Internacional

Urge la acción legislativa, y consecuentemente la del Ejecutivo, en una posible reforma que haga de este proceso y del Derecho Familiar en sí, una materia válida y eficaz. Ante trámites como el señalado arriba, algunos países aplican las órdenes judiciales extranjeras directamente, necesitando solo la traducción del idioma por el organismo consular y/o diplomático del país que remite, esto fuera de cualquier reglamentación, pudiendo en un futuro, no dar paso a la solución eficaz del problema, a la regresión jurídica y a la inseguridad en la aplicación de la ley, ya que se estaría dependiendo siempre de la buena voluntad.

Algunas conferencias como la de la Haya, que se lleva a cabo anualmente, han puesto especial énfasis en la realización de foros anuales que discutan los problemas que van surgiendo. Especialmente, en esta ciudad, se reúnen anualmente organismos inter gubernamentales -entre ellos la O.E.A.-, así como barras de abogados, vgr. la American Bar Association, Interamerican Bar Association, Union Internationale Des Avocats, etc, que buscan la obtención de ratificaciones multilaterales de los países presentes y signatarios, para la efectiva aplicación de las sentencias judiciales en asuntos familiares ²²⁹. Las convenciones multilaterales sobre Derecho Familiar, han proliferado en todas partes, pero la regionalización no permite que los foros se expandan, y si comparamos muchas de las disposiciones que se adoptan en estos tratados, veremos que son similares; la conciencia familiar se presentan en todos los países y no excluye a ninguno por la parte del mundo en que se ubica.

²²⁹ *ibidem* pp. 237-238

Derecho Familiar Internacional

Todos los países de América Latina y todos los principios de Derecho Internacional Privado, y por ende de Derecho Internacional Familiar, obedecen al mismo origen: Piero Baldo y Bartolo de Saxoferrato, seguidos y estudiados por Mancini y Savigny; los legisladores no huyeron a las influencias y adoptaron la misma orientación, siendo las fuentes materiales comunes a la mayoría de los países de la región, uniéndonos de igual manera los valores culturales y religiosos incluidos desde la ocupación española.²³⁰

Es mas sencillo para estos países, dentro de la Organización de los Estados Americanos, armonizarse. Las fuentes, orígenes normativos y culturales son los mismos, por lo que es mas fácil idealizar una legislación común capaz de satisfacer nuestras necesidades aplicativas, en el campo del Derecho Familiar Internacional.

Sin duda, estas razones de unidad y similitud, hacen propicia la proliferación de instrumentos comunes sobre materia familiar, nuestra identidad nos permite buscar desarrollos mas lógicos y coherentes para todas las naciones de la "Nación Latinoamericana" que vislumbraba Simón Bolívar, acciones que se deben llevar a cabo y que de hecho se pueden hacer, sin herir las soberanías o el orden público de ningún país, donde se apliquen, a diferencia de la Unión Europea donde la diversidad cultural y regional, es enorme.

²³⁰ *ibidem* p. 243

d.) Enfoque del Derecho Familiar Internacional en la Organización de las Naciones Unidas:

Hablar de las Naciones Unidas es algo que pocas veces les oímos a los llamados Internacionalistas. Ellos creen que el seno de estas solo resguarda asuntos como conflictos, disputas territoriales, acuerdos para ayudas macro económicas, etc.; difícilmente se preocupan por relacionar este foro internacional, con núcleos sociales como la familia o el individuo dentro del concierto mundial.

Muchas veces se secciona la actividad de las Naciones Unidas, y la que recibe menos apoyo, es la que se ocupa de los temas vinculados a la familia. La labor social de la organización está supeditada a la buena voluntad de los Estados, los cuales se preocupan más por solventar los problemas de sus intereses económicos, pensando que son el punto principal de cualquier otro problema y la clave para poder resolverlo.

Los programas de ayuda en las Naciones Unidas, se inician con aportaciones de los países, recursos que provienen de los mas poderosos; pero, desgraciadamente, no siempre terminan con los que mas lo necesitan. Se deben despolitizar las decisiones de esta organización, y abrir mas sus sistemas de selección y aplicación de programas hacia los países menos favorecidos, para orientar la ayuda urgente, que la familia reclama.

Ahora bien, hemos querido empezar a enunciar el juego de la O.N.U. dentro del Derecho Familiar Internacional, por la constante que representa tal organización desde el 1945 hasta la fecha. La Sociedad de las naciones y la

Derecho Familiar Internacional

Liga de las naciones, fueron las estructuras anteriores a esta, pero dentro de ellas la discusión versaba sobre otros asuntos, razón quizás que explique su poca efectividad y corta vida.

La Sociedad de Naciones, creada al final de la I Guerra Mundial, representa un intento fallido por juntar los países en una misma mesa, para coordinar los asuntos, y elaborar propuestas, para solucionar disputas en una vía pacífica y eficaz. Sus vicios la hacen aparecer como una estructura muy contemplativa y servil, hacia los no bien definidos estados bélicos de aquella época, México no forma parte de aquella sociedad, sin embargo, y no ha propuesta del organismo internacional, se presentan algunos destellos del Derecho familiar en esta época.

Se celebra en Suiza en 1921, la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, cinco años mas tarde, en el mismo país se efectúa la Convención Relativa a la Esclavitud. Finalmente, antes de formar las Naciones Unidas, se vuelve a tomar a Suiza como sede y en 1933, se realiza la Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad.²³¹

Una actividad, no tan significativa como la realizada en el mismo periodo en América, es la efectuada en Europa; donde se consiente la necesidad de regular sobre la materia y de dar vida constante al Derecho Familiar Internacional, que a pesar de la crisis mundial, que se vive con la si-

²³¹ México Relación de Tratados en Vigor. Edit. Secretaría de Relaciones Exteriores. México D.F., México 1993. pp. 99-107

Derecho Familiar Internacional

tuación económica y el conflicto político e ideológico por el que pasaba Europa, indica que la familia, no descansa, ni puede esperar.

Ademas de los Instrumentos señalados, queremos resaltar que con los Tratados de paz de Versalles, se acuerda crear la Organización Internacional del Trabajo (de ella México si forma parte desde sus inicios), la cual repercute fuertemente en algunos aspectos de la familia, siendo productora de ininidad de convenciones relativas al tema, pero que por cuestiones sintéticas no incluimos en este estudio y preferimos dejar nada mas mencionadas.

Hasta antes de la creación de la O.N.U. con la Carta de San Francisco de 1945, el mundo cambia su visión de los problemas; al igual que después de la caída del Antiguo Régimen en la Europa del siglo XVIII, se retoma la atención en el individuo, en la importancia de la familia y en la misma Carta de creación de las naciones Unidas se resalta a la familia, a la necesidad de preservar la libertad interna, la igualdad entre individuo, razones todas estas aglutinadas en su artículo I fr. 3º al hablar de la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por raza, sexo, religión, etc., retoma los ideales de la revolución francesa, y de cualquier ser humano de aquella época, especialmente cuando se hace esta declaración, después de la segunda guerra mundial, estando la humanidad resentida por la irracionalidad del totalitarismo racial y sectarista del fascismo.

Con estas palabras, la O.N.U. plasmará sus compromisos, sus deseos, sus intenciones protectoras y sus anhelos funcionales de lograr un desa-

Derecho Familiar Internacional

rrollo equitativo y digno de todos, lo seres humanos, labor que solo se puede llevar a cabo con la protección a la familia.

En su artículo trece, constriñe a la Asamblea, máximo órgano de la O.N.U., a realizar estudios y recomendaciones para :

- a.) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, y
- b.) Fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.²³²

Es importante también notar en este mismo documento, el capítulo IX, que habla de Cooperación Económica y Social, y en el artículo 55 señala:

"Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a) niveles de vida mas elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo, y

²³²Artículo 13. Carta de las Naciones Unidas.

Derecho Familiar Internacional

c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.²³³

Aunque parezca repetitivo este artículo respecto del anterior que enunciamos, resulta destacable la importancia que se le dio a estos asuntos en la redacción de la carta la Organización. No descuida el entendido de la defensa de dignidad y de los derechos humanos, por lo que solo hace falta leerla para encontrar ahí el fundamento del Derecho Familiar Internacional.

Finalizando con el análisis de la Carta de las Naciones Unidas, mencionamos la importancia del capítulo X que establece al Consejo Económico y Social, el cual será el conducto directo para supervisar la actividad de los organismo colaterales, y llevar a cabo la función social y cultural, sin desapego a la realidad y sus necesidades.

La Organización de las Naciones Unidas, emitió en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual redondea lo dicho en la carta que acabamos de señalar. En tal proclamación la Asamblea General extiende la aplicación de los derechos humanos a la familia; lo reconoce y dispone:

“La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el

²³³Artículo 55, Carta de las Naciones Unidas.

Derecho Familiar Internacional

respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción."²³⁴

Al extender la protección a las instituciones y no solo a los individuos, se aclara la situación de la familia, y la O.N.U., no cae en ambigüedades al escudarse en una defensa hueca, sin incluir a la familia. En cuanto a esta, ahonda su naturaleza internacional, al ser reconocida en el máximo foro, y en una expresión humana, de protección a la vida.

Para completar este comentario, mencionaremos algunos de los preceptos fundamentales, referidos específicamente a la familia.

El artículo 12 dice : "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honor o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."²³⁵

De igual manera, reconoce en el artículo 16 frc. 1º, la libertad del hombre para fundar una familia y de disfrutar de igualdad en derechos respecto al matrimonio; y en ese mismo artículo funda la razón de ser de la familia, y creemos la intitulación más importante que se hace respecto de esta institución en cualquier instrumento internacional alguno, el mismo artículo en su fracción 3º dice : "La Familia es el elemento natural y fun-

²³⁴Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo, aprobada y proclamada por la Asamblea general de las Naciones Unidas. New York, EE.UU. 1948

²³⁵Declaración Universal de Derechos Humanos. artículo 12

Derecho Familiar Internacional

damental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”²³⁶.

Este es el reconocimiento que tanto se había tardado la humanidad en darle a la familia. Aquí está consagrada cualquier razón para fundamentar la actividad que se haga dentro del Derecho Familiar Internacional, y en el Internacional Público. Es el “*status*” que da primacía a la familia y que se reconoce por todos como prioritaria. Los escépticos del Derecho Familiar Internacional, necesitan leer este pequeño párrafo, y encontrar la respuesta a sus dudas.

Siguiendo con el desarrollo de la vida de Naciones Unidas debemos destacar algunos tratados que se firman sobre la materia, aun antes de la existencia de la organización, pero que cuentan con vigencia y que ah sido retomados por la O.N.U.

En 1921 signan la “Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y de Menores”; en 1926 la “Convención Relativa a la Esclavitud”; en 1938 la “Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad”²³⁷.

Estas convenciones se celebraron antes de la Conferencia de San Francisco, sin embargo, todas las retoma la O.N.U., y su puesta en vigor no recibe alteraciones por tal motivo; íntegramente se incluyen dentro de los

²³⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos. artículo 16 fr. 3º

²³⁷ México Relación de Tratados en Vigor. Ob cit. pp. 95-112

Derecho Familiar Internacional

instrumentos observados por ésta y la misma organización es depositaria de ellos.

En 1945 se adhiere al tratado de "Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura" (U.N.E.S.C.O.); en 1946 se hace lo conducente con la "Constitución de la organización Mundial de Salud"; un año después se modifican los protocolos celebrados sobre la "Trata de Mujeres y Niños y El Convenio para la represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad"; en 1951 se firma "El Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado" y el mismo año "la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados"; en 1954 "La Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer"; en 1955 la "Convención sobre el Estatuto de los Apátridas" ²³⁸. Hay también actividad dentro de la Organización Internacional del Trabajo, relacionados directamente con la materia que estamos estudiando, pero es importante delinear de momento la actividad específica del Derecho Familiar Internacional.

En 1954 el "Fondo de Naciones Unidas para la Infancia" abre discusiones y celebra tratados con los países afiliados a la organización; en 1956 se firma la "Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero"; un año después la "Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada"; en 1962 la "Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios"; en 1966 la "Convención Internacional sobre la Eliminación de

²³⁸ *ibidem* pp. 113-123

Derecho Familiar Internacional

Todas las Formas de Discriminación Racial"; en 1968 se da la "Declaración de Teherán, adoptando la Conferencia de los derechos humanos",²³⁹

El mismo año, se secciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto propiciado por las diferencias entre norte y sur, lo que se ve reflejado con el movimiento de los no alineados. Se celebra en Nueva York el "Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturales" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

En 1974 se celebra el Tratado entre México y las Naciones Unidas, para la Creación y el Funcionamiento de un Centro Regional de Educación para Adultos y Alfabetización para América Latina; en 1979 se celebra la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer"; en 1985 se pactan las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores"; en 1989 se celebra la "Convención sobre los Derechos del Niño".²⁴⁰

También se llevan a cabo algunas declaraciones, que aunque no tienen la misma validez y preponderancia de los tratados y convenciones, sí representan la intención de los Estados por ocuparse de temas específicos, y en este caso las relativas al Derecho Familiar Internacional dentro de la Organización de las Naciones Unidas, son las siguientes:

En 1959 se efectúa la "Declaración de los Derechos del Niño"; en 1965 la "Declaración sobre el Fomento entre la juventud de los ideales de Paz,

²³⁹ibidem pp. 124-133

²⁴⁰ibidem pp. 134-154

Derecho Familiar Internacional

Respeto Mútuo y Compromiso entre los Pueblos"; en 1981 la "Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones"; en 1985 "La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder"; y un año después la "Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular Referencia a la Adopción y a la colocación en Hogares de Guarda".²⁴¹

Por otro lado se logra incubar la actividad de la Organización en el Derecho Familiar internacional al declarar en su resolución 44/82, del 8 de diciembre de 1989, la proclamación de 1994 como el Año Internacional de la Familia. La Asamblea General lo inició oficialmente la celebración de este año el siete de diciembre de 1993, su tema fué "La Familia : recurso y responsabilidades de un mundo en evolución".

Las Naciones Unidas reconocieron en su declaración que la familia a lo largo de los milenios, ha sido la institución central en la cual prácticamente todas las sociedades han basado su fuerza y a partir de la cual han forjado su futuro. Las naciones Unidas dieron un apoyo al impulso de la cooperación internacional hacia la institución fundamental. "Erigir la democracia mas pequeña en el corazón de la sociedad", fué el lema del Año Internacional, y esto refleja el papel central que desempeña la familia al asegurar el bienestar de la sociedad.²⁴²

²⁴¹ Los Derechos Humanos y la Familia. Ob cit. pp. 3-4

²⁴² Año Internacional de la Familia. O.N.U. Ob cit. p. 1

Derecho Familiar Internacional

Sigue diciendo la Declaración :

“Cuando una sociedad está cohesionada acata las leyes y es productiva, invariablemente se puede advertir que la fuente de su fuerza estriba en la solidez de sus familias. Actualmente, las familias encarnan muchas crisis : el hambre, la pobreza, el desempleo, las drogas y el SIDA, así como cambios en las estructuras económicas de obtención de ingresos y, en las costumbres. Sin embargo la familia es todavía un medio vital de preservar y transmitir valores culturales; es el paradigma del mundo exterior para el niño. Actualmente, en el Año, la atención mundial se centra en que la familia pueda cumplir sus funciones como fuente de apoyo emocional, financiero y material, lo cual es esencial para el bienestar de sus miembros.”

“...El Año, es el núcleo en torno al cual se pondrá a la familia en el centro de la atención internacional y se alentarán actividades a todos los niveles entre quienes se interesan en cuestiones de familia. El reconocimiento de la vida familiar en todo el mundo agregará una dimensión muy importante a las celebraciones, al igual que el reconocimiento oficial de la familia como medio por el cual se puede lograr un cambio social positivo.”

“El Año Internacional de la Familia habrá de ayudar a promover los derechos humanos, en particular los derechos del niño, las libertades individuales y la igualdad entre los sexos, tanto en el contexto familiar como en la sociedad en general. Es importante fortalecer la fuerza interna que es

Derecho Familiar Internacional

inherente a la familia, para que sus miembros puedan lograr todas sus posibilidades.”

Reviste la mayor importancia que los padres -con la asistencia de los sistemas de apoyo social- aprendan a cumplir sus responsabilidades en su trabajo y con sus familias. La licencia por maternidad, la atención del niño y la atención de los ancianos y a los enfermos son algunos de los enfoques que pueden ayudar a facilitar esa tarea. Es imperativo que se asegure a los padres que por cumplir sus obligaciones familiares no se les penalizará con una merma en la seguridad en el empleo o en sus posibilidades de ascenso.”²⁴³

Las Naciones Unidas presentaron como objetivos del Año los siguientes²⁴⁴:

- Hacer cobrar mayor conciencia a los gobiernos y al sector privado respecto de las cuestiones que atañen a la familia;
- Fortalecer las instituciones nacionales encargadas de formular, aplicar y supervisar las políticas respecto de la familia;
- Alentar los esfuerzos encaminados a hacer frente a los problemas relacionados con la familia;

²⁴³Declaración del Srío. Gral. de la O.N.U. Sr. Boutros Boutros-Ghali, en el Foro Mundial de Organizaciones no Gubernamentales para la Presentación del Año Internacional de la Familia, Malta 1993. Año Internacional de la Familia, 1994. New York, U.S.A. p. 1

²⁴⁴Año Internacional de la Familia. Ob cit. pp. 1-2

Derecho Familiar Internacional

-Mejorar la eficacia de los trabajos realizados a nivel local, regional y nacional para la ejecución de programas relativos a la familia;

-Mejorar la colaboración entre las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales;

-Aprovechar los resultados de las actividades relativas a la mujer, los niños, la juventud, los ancianos y los discapacitados.

Creemos que luego de esta declaración, no cabra duda de la importancia de la familia y, en estos objetivos podemos encontrar las funciones del Derecho Familiar Internacional, para que respaldadas en el Foro Internacional en que se dieron, se fundamente su naturaleza de supranacionalidad y primacía frente a cualquier otro tema.

e.) En los Acuerdos entre Naciones.

Fuera de estos foros que hemos analizado, el Derecho Familiar está presente aunque en un grado muy reducido. Esto se debe a que la mayor proliferación de instrumentos sobre el mismo se ha suscitado en Tratados bilaterales, por lo cual la recopilación de los mismos se ha hecho muy difícil.

Otra de las formas en que se expresa el tratamiento de esta rama del derecho, es la actividad situada en las diferentes organizaciones regionales tales como la Unión Europea o la Asociación del Pacífico y del Sureste Asiático, sin embargo, en estos lugares la actividad no tiene una historia

Derecho Familiar Internacional

muy larga, incluso la vida de las organizaciones es corta y no tan íntegra como lo presenta la uniformidad de características que presenta Latino América, por lo que la celebración de Tratados es aun escabrosa y muy lenta.

Finalmente en este parte fuera de instituciones y relaciones bilaterales bien definidas, tenemos la celebración de Congresos Extragubernamentales. El problema de estos pactos es que generalmente no reciben el apoyo de los gobiernos, y en muchas ocasiones se quedan en buenas intenciones sin ser pragmadas legalmente para su observancia.

Para ejemplificar el primero de los supuestos, de tratados entre naciones de manera bilateral, tomaremos como parangón los acuerdos celebrados por México con algunos países, que aunque no son todos, nos dan un punto de referencia para entender la presencia del Derecho Familiar Internacional en este caso particular.

Este país tiene tratados en materia familiar, celebrados bilateralmente con : Alemania "Acuerdo Sobre Cooperación en el Campo de la Ayuda a la Reconstrucción de Instalaciones de Salud Pública" en 1990; por orden alfabético de los países encontramos "El Convenio sobre Transferencias de Pensiones México-Argentina, en 1990; con España en 1979 se celebra el "Convenio Básico de Cooperación en Materia de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España", el "Acuerdo sobre Transferencias de Pensiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España", también en 1991 pacta el "Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y

Derecho Familiar Internacional

Mercantil"; con los Estados Unidos de América se hace en 1953 el "Acuerdo Migratorio a no Inmigrantes"; con Francia en 1908 se firma la "Convención sobre Contratos de Matrimonio". De igual manera con Guatemala se lleva a cabo el "Entendimiento que Amplia el Marco Bilateral en Materia de Protección y Migración" en 1989; en 1910 se celebra con Italia la "Convención con el Objeto de Regularizar la Situación de sus Respectivos Nacionales que Hayan Celebrado o Celebren en lo Futuro Contrato de Matrimonio ante los Agentes Diplomáticos o Consulares Mexicanos Acreditados en Italia o los Agentes Diplomáticos o Consulares Italianos Acreditados en México"; con Noruega en 1923 se firma el "Arreglo para la protección de Individuos Atacados de Enajenación Mental"; con Uruguay pacta el "Convenio de Cooperación en Materia de Seguridad Social" en 1988.²⁴⁵

Este es el caso de un solo país en el mundo, el cual nos ilustra la presencia del Derecho Familiar en sus acuerdos entre naciones; basta enumerarlos o seguir buscando, para encontrar mas instrumentos que ensanchen esta lista, pero la muestra está dada.

Simplemente, al igual que el enunciado anterior, hablaremos de un ejemplo que nos indique la actividad internacional del Derecho Familiar en otra organización regional que no sea la O.E.A., en este caso hablaremos brevemente de las conferencias en Europa.

Para Arellano García, las conferencias en Europa pueden ser clasificadas en dos grupos: en un primer plano aquellas sobre temas variados sin el propósito perenne y bien definido de continuar la labor unificadora, y en

²⁴⁵ México Relación de Tratados en Vigor. Ob cit. pp. 1-87

Derecho Familiar Internacional

un segundo grupo las conferencias de Derecho Internacional Privado de la Haya donde sí resalta la insistencia de los Estados y sus resultados positivos.²⁴⁶

Así dentro de las señaladas en el primer plano destacan : en 1988 en Barcelona los "Principios Generales de Derecho Internacional Privado, Extraterritorialidad de la Cosa Juzgada en los Ordenes Civil y Criminal", el mismo año en Bruselas se habla de la "Condición Jurídica de los Extranjeros", en Lisboa en 1889 se hace la "Determinación de la Ley Personal (Nacionalidad y Domicilio).

Dentro de esta clasificación, todavía en el primer plano entrarían la propuesta del Instituto del Derecho Internacional, de unificar las normas relativas a la extranjería entre Italia, Alemania, Bélgica y Francia, pero esta pospuesta no tuvo éxito.²⁴⁷

Finalmente dentro de este grupo entran las cinco convenciones que se pretendía poner en vigor en la Unión Escandinava, y que aunque lo consiguen, se vuelven inobservadas; dichas convenciones son "Matrimonio, Adopción y Tutela" (1931), mismo año "Pensiones Alimenticias", "Procedimiento de Quiebra" en 1933, un año después sobre "Sucesiones" y, "Competencia Judicial y Ejecución de Sentencias" en 1952.

Hablando de la segunda agrupación, mencionamos en un principio las primeras conferencias que se celebraron en Holanda en los años de 1874,

²⁴⁶ARELLANO GARCIA, CARLOS. Ob cit. p. 78

²⁴⁷ibidem p. 79

Derecho Familiar Internacional

1893 y 1894 de las cuales se logran plasmar normas comunes de conflicto de leyes, culminando en 1896 cuando se ponen en vigor en catorce países la convención sobre el procedimiento civil. Después se realizan cuatro conferencias seguidas en 1900, 1904, 1925 y 1928, acuden todos los países de Europa menos Inglaterra por la diferencia en su sistema legal privado; el saldo de estas conferencias son convenciones sobre: 1) Procedimiento Civil, 2) Matrimonio, divorcios, separación de cuerpos y tutela de menores, 3) Tutela de los mayores, efectos del matrimonio sobre personas y bienes de los Cónyuges y un convenio acerca del procedimiento civil. Posteriormente en la Haya se celebró la "Conferencia de Codificación", en la que se aprobaron convenciones sobre nacionalidad, obligaciones en caso de doble nacionalidad y sobre los apátridas.²⁴⁸

Vemos como en estos países, desarrollados, se ocupaban ya desde entonces por los asuntos del Derecho Familiar Internacional, ellos ya destacaban la importancia que esta materia tenía para su estructura fundamental, por eso quien diga que lo estamos inventando, o que aparece a últimas fechas, están desubicados en su apreciación, ahí ha estado siempre esta rama del Derecho lo que pasa es que no la habían querido ver como es.

En julio de 1955, entra en vigor el estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Los gobiernos de la República Federal Alemana, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Suiza, consideraron el carácter permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y

²⁴⁸Ibidem p. 80

Derecho Familiar Internacional

para acentuar ese carácter dotaron a la Conferencia de su estatuto, en cuyo primer artículo se señala que la Conferencia de la Haya trabajará para la unificación progresiva de las reglas de Derecho Internacional privado.²⁴⁹

México se adhiere a esta conferencia el 28 de Enero de 1986, donde después de haber sido aprobada por la Cámara de Senadores, la importancia de esta anexión se mide de acuerdo a las convenciones que se han ratificado en su seno.

Entre otras señalamos : "Convención sobre la Ley relativa al procedimiento Civil" (1954), "Convención para regular los Conflictos entre la Ley nacional y la Ley del Domicilio" (1955), "Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias en favor de los Menores" (1956), "Convención concerniente a la Competencia de las Autoridades y de la Ley Aplicable en materia de Protección de Menores (1961), "Convención sobre los Conflictos de Leyes en materia de forma de las Disposiciones Testamentarias (1961), "Convención concerniente a la Competencia de las Autoridades, la Ley Aplicable y el reconocimiento de las Decisiones en Materia de Adopción" (1965), "Convención sobre Reconocimiento de los Divorcios y las Separaciones de Cuerpos" (1970), "Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias" (1973), "Convención sobre la Celebración y el Reconocimiento de la validez de los Matrimonios".²⁵⁰

²⁴⁹Loc cit.

²⁵⁰Ibidem p. 82

Derecho Familiar Internacional

Con estos ejemplos dejamos claro la actividad que se realiza en otras regiones del mundo, aún incluyendo países fuera de la misma, notamos la producción tan prolífica de esta Conferencia, y los temas tan específicos del Derecho familiar que abarcan su realización.

Otros bastiones de la rama del Derecho que estudiamos es la que se realiza por organizaciones no gubernamentales como son el caso de los ocho Congresos Mundiales sobre Derecho de Familia, que tiene verificativo cada dos años, y al cual acuden estudiosos de la materia de todo el mundo, como de Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, México, Estados Unidos de América, Canadá, Cuba, Puerto Rico, República Dominicana, Venezuela, Ecuador, Colombia, Perú, Brasil, Paraguay, Uruguay, Argentina, Chile, España, Francia, Suecia, China, Vaticano, Polonia, Bolivia, El Salvador.

Entre los logros de estos congresos podemos mencionar la entrada en vigor del Código Familiar Salvadoreño, que se realizó con motivo de la realización en este país del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia.

De igual forma se efectuó en Sidney Australia, en el año de 1993, el primer Congreso Mundial sobre El Derecho de Familia y los Derechos del Niño, el cual se celebró bajo los auspicios de la Sección de Derecho de Familia y Derechos de la Familia de la Asociación Jurídica para Asia y el Pacífico Occidental, la Sección de Derecho de Familia del Consejo de

Derecho Familiar Internacional

Derecho de Australia y la sección de Derecho de Familia de la American Bar Association.²⁵¹

Estos son algunos de los muchísimos testimonios que recogimos sobre el Derecho Familiar Internacional; son solo muestras comparativas de la presencia del mismo en todas las relaciones internacionales de todos los Estados, y esto se da porque la familia es la institución fundamental y preponderante de todas las sociedades del mundo, por lo que todos los estados reconocen en cada celebración de un tratado de este tipo, la transnacionalidad de la familia, pero sobre todo reconoce la necesidad de subordinación a la familia para que pueda funcionar y vivir por sí y para sí.

²⁵¹ La Familia. No. 4, 1992. Boletín Sobre El Año Internacional de la Familia. O.N.U. p. 2

CAPITULO CUARTO

DEFENSA DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

I. PRINCIPIOS Y JUSTIFICACION DEL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

El Derecho Familiar se ha abierto paso entre las ramas del derecho, pocos o ignorantes, son los que desconocen su naturaleza jurídica como algo aparte y distinto de cualquier otro campo del derecho.

La historia es el testigo mas cruel y fidedigno de la realidad, así como la explicación mas clara y precisa del presente; en este aspecto el Derecho Familiar no se puede negar, la familia misma no se puede negar. La evolución de esta institución se apareja a la del hombre, a la de los seres vivos y no deja lugar a dudas de su existencia.

Es muy difícil encontrar otro punto tan característico en la vida del hombre y de la sociedad, que no sea la familia, porque la misma se vuelve el centro en torno al cual gira cualquier forma de vida y de relación social hacia el exterior del hombre y hacia el interior del mismo.

Las mismas magnitudes, tiene el Derecho Familiar, dentro del mundo jurídico. En torno a él, se deben agrupar las directrices que guíen la acti-

Derecho Familiar Internacional

vidad reguladora de todas las demás ramas jurídicas, y si a esto no nos mostramos totalmente convencidos, basta voltear la mirada a la familia propia y ver la relación de esta con nuestra vida personal. Si sentimos que perdemos la brújula en la orientación jurídica, es porque la hemos perdido en la orientación con la familia.

Solo cuando comprendamos el alcance del Derecho Familiar y los derechos subjetivos familiares, veremos con claridad el sentido de cualquier ley. El individuo, no lo es, sin la familia; el bienestar no existe, sin la familia; el Estado mismo no lo es, sin la familia, y la ley, sino sirve para regular los problemas en el seno de cada célula social, no podrá resolver las dificultades de fuera.

La existencia del Derecho Familiar rompe la estructura de las divisiones del derecho que tradicionalmente se habían considerado, y se elevan a una realidad distinta y superior, a las otras ramas del mundo jurídico.

La esencia de la familia, la cual se distingue como institución humana, ubica al hombre en un nivel superior a la naturaleza animal de los seres vivientes; es esencia que se transmite generación tras generación y permanece como legado del egoísmo humano. Esa esencia, empieza a consolidar el fin individual (material) con el del yo (ideal), el de la necesidad con el del deseo. Es la unión ética que lleva al concepto de solidaridad. En este punto, el individuo se puede encontrar en la confusión del derecho privado con el Derecho Familiar; pretenden, al sentirse en una autonomía engañosa, invadir al Derecho Familiar con la libre voluntad que rige al derecho

privado, cuando en realidad, es la solidaridad de intereses, la que norma al familiar.²⁵²

Formalmente, el Derecho Familiar, presenta una estructura diversa al derecho privado. Es en conjunto, una antítesis del interés individual, pero es un interés unitario; unitario no porque es común, como el de la sociedad, sino porque es superior a los intereses egoístas de cada uno; se impone a estos, y aunque la voluntad debe servir para la consecución de los intereses, no se ve dominada por éstos, ni los domina.

La importancia de la naturaleza del Derecho Familiar se refleja en su organización, parecida a la del Estado, ya que el paso de la familia a éste, es breve; la complejidad del mismo se puede entender, si comprendemos la simplicidad de la familia.

El legado de la familia encuentra su razón, en el fin preciso de proveer al hijo incapaz, de los intereses y recursos que necesita, a los cuales no podría acceder por sí solo. En este aspecto, la actividad del Estado, se duplica, y como en cualquier organismo, el desarrollo determina las funciones que deben desempeñar cada uno de los miembros del órgano, para poder coordinarlos a todos y funcionar correctamente. Labor que unificada se traduce, en una interdependencia entre el individuo, la sociedad y el Estado, y que jurídicamente se traduce en la disputa entre éste y el individuo.²⁵³

²⁵²CICU, ANTONIO. *Scritti Minori di Antonio Cicu*, v.I t.I. Edit. Dott. A. Gluffre Editore. Milano, Italia. 1965. p. 84

²⁵³CICU, ANTONIO. Ob cit. p. 85

Derecho Familiar Internacional

Es el interés particular, dentro del Derecho Familiar, el ciudadano se eleva al interés superior, que tienen origen siempre en la conciencia del individuo, en donde viene sentido como necesidad imprescindible. Conceptos todos relacionados con los fines del Estado y de la personalidad del mismo, de soberanía, de leyes, de derechos que se deben armonizar perfectamente con los conceptos de libertad y dignidad de la persona.

En esta última frase encontramos el concepto de soberanía, idea que debe aludir hoy día a la voluntad superior, al deseo de satisfacer los intereses más altos, y si esta es la cualidad imprescindible del Estado, la familia es el interés superior que debe ser protegido y atendido. La superioridad de la voluntad, encuentra su punto álgido, en la superioridad del interés, por lo que no pedimos al legislador la tarea de crear la ley especializada, sino solo queremos que la encuentre; la legislación del Derecho Familiar no se inventa, por su importancia, existe por sí sola, pero debe ser positivada.

Recurriendo a los conceptos de legitimación del Estado, la soberanía debe encontrar su instrumento realizador, en la democracia. En la participación del individuo, para hacer coincidir todos los intereses, en uno solo. La atribución del poder, debe ser vista como una concepción del Estado al gobierno, en donde no todos tendrán que desempeñar una función específica, por lo que la participación de la vida pública debe satisfacer a los que no tienen injerencia en su actividad. Esto se entiende con más claridad, si hacemos entrar a los partidos políticos, en el juego político, éstos son vistos como el medio adecuado para escalar el poder, si las agrupaciones políticas, estuvieran solo abocadas a satisfacer los intereses de su

Derecho Familiar Internacional

clientela, se perderían las expectativas, del interés superior y del bien común, por lo que la familia se vuelve la reguladora entre estos bienes de algunos y la marginación de otros, ya que esta es el común de bienestar general y de la expectativa prioritaria.

Esta actividad reguladora, debe existir el sentido moral, sin él, ni el Estado ni el Derecho, tendrían razón de existir, dado que se reducirían a ser reflejo de la voluntad del más fuerte. Es evidente que en la familia, esto es también considerado, de no existir la moral, la familia se eclipsaría en una voluntad dictatorial.

Este sentido de superioridad, debe reflejarse en una autonomía total del Derecho Familiar. El constreñirlo a las reglas del derecho privado, como parte del civil, mina la naturaleza del mismo, por lo que no puede gozar de las características que le permitan cumplir con su cometido.

El tratadista italiano, Antonio Cicú, defendió la separación del "Derecho de Familia", delineando la posición de la institución dentro del sistema del Derecho. Él decía: "tradicionalmente, éste, había sido considerado como una de las partes del derecho Civil o Privado, sometido por tanto, a los principios y figuras generales del derecho, que la doctrina Pandectista alemana había recogido en una parte general. La doctrina civilista se sintió incómoda en varios puntos al forzar la inclusión de estos principios y figuras del Derecho de Familia, incomodidad natural y evidente, porque los pilares del Derecho privado son las instituciones de la propiedad, del negocio jurídico, y de la responsabilidad por hecho ilícito, que son los tres expresión del principio de libertad y autonomía

Derecho Familiar Internacional

individuales, entendidos como libertad de plantear y perseguir los fines individuales y elegir los medios más a propósito para alcanzarlos. por esto el derecho subjetivo privado es poder de la voluntad: la voluntad domina sobre el interés. Por esto el derecho Privado es patrimonial, porque los bienes constituyen el medio de que se sirve el individuo para perseguir sus fines. Por el contrario, en el Derecho de Familia la voluntad está dominada por el interés, pues está puesta para servirle: los bienes o están vinculados a los fines, como ocurre en la dote y en patrimonio familiar, o sirven para el mejor cumplimiento de una función, como sucede en el usufructo legal de los padres, o sirven para fines altruistas, como acontece con la obligación de los alimentos.²⁵⁴

La doctrina vio esto con recelo, quiso aplicar la teoría de la autonomía de la voluntad al Derecho Familiar, con todo su rigor. Más tarde su discípulo, Roberto de Ruggiero, redondea la enseñanza de su maestro. Manifiesta : "las normas de Derecho Familiar son todas, o casi todas, imperativas e inderogables: la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación , determina en todos sus detalles el contenido y la extensión de las potestades, la eficacia de la relación paternal, los efectos y el alcance patrimonial de un Estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge, aunque el particular no quiera, el vínculo liga incluso contra la voluntad del obligado, y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir, así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, y lo mismo en las relaciones personales, cuanto en las matrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y autonomía para que campee

²⁵⁴ Ibidem. pp. 116-117

Derecho Familiar Internacional

en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar al particular tal libertad".²⁵⁵

Queda deslindada, en contra de los tradicionalistas del Derecho Civil, la naturaleza del Derecho Familiar. La fehaciente interpretación de los tratadistas arriba señalados, empezó un movimiento, que día a día se ha ido agrandando.

En su estudio, Ruggiero distingue, cuatro conceptos de derecho privado, que no pueden ser aplicados al familiar. Estos son : la teoría de la prescripción, la teoría del acto jurídico (nulidades e inexistencia, condición ni término), tampoco se puede aplicar la representación, ni la autonomía de la voluntad.²⁵⁶

Cicú en su obra, al hablar de la diferenciación con el derecho público, hace coincidir al Derecho Familiar con éste, en la ubicación del interés superior, y de la voluntad soberana. En realidad, no deja en claro, cual sería la esfera competente de cada uno, para que no se invadan. Si se hablara de un derecho público, se estaría relacionando a la familia como una institución no individualizada.

Incluso en la particularidad del Derecho Familiar, se debe incluir un interés superior, al del propio Estado, ya que la colectividad y la sociedad no pueden transgredir a una institución particular y privada por

²⁵⁵ RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones De Derecho Civil. Trad. de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. t. II, v. Segundo. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Edit. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. p. 10.

²⁵⁶ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "Cátedra de Derecho Civil IV", Ciudad Universitaria. México D.F. México. 1993

Derecho Familiar Internacional

excelencia, pero tutelada -a diferencia del civil-, por la obligación del estado como un bien público. Es decir, el Estado no interviene en ella, en cuanto a su vida y desarrollo, pero no permite que nadie tenga injerencia en su formación, ni siquiera los particulares.

La armonización de la familia y del Estado, debe perseguir el bien de cada uno, lo cual es condición del bien de todos. En este proceso de composición armónica destaca el deber de los padres en la familia y de los dirigentes en el Estado de anteponer el bien ajeno a su propio interés. El hombre político que ve en la conquista y ejercicio del poder el medio para satisfacer sus propios intereses y los de su partido, equivale al padre que se sirve de su poder de jefe de familia para satisfacer sus deseos y placeres. Para reprimir y corregir esta desviación de la ley natural la religión actúa en su sanción ultra terrena, la Moral con su sanción social y el Derecho con su función de garantía ²⁵⁷. No es ciertamente esa función, la única que por sí sola puede asegurar la vida del organismo social.

Es una necesidad, el Derecho Familiar, que no podía ser mas ignorado por la humanidad, dado que de hecho existía y cobraba cuentas en los rezagos sociales que las personas discutían en otros campos. El Derecho Familiar, a diferencia de cualquier otro mundo jurídico, tiene una función preventiva, o como un remedio necesario, sea el caso en el que se quiera ubicar; y no es que haya un vencedor, como en el derecho privado o el público, es que en el familiar la desventaja puede ser mayor, cuando éste es mal aplicado. Tenemos siempre que tener en mente, que para poder seguir los caminos apropiados, que nos marcan los intereses de la familia, tenemos

²⁵⁷ CICU, ANTONIO. Ob cit. p. 122

Derecho Familiar Internacional

que desempeñar en todas las funciones, una tarea laboriosa y sacrificada, adjunta a una organización fuerte del Estado, que tutele a la institución para que no sea atacada ni siquiera con la libertad individual, pero que sí se nutra con ésta; para que podamos materializar como ideales a la humanidad y a la patria, junto con la familia.

Si a todo lo anterior, agregamos la variable de extraterritorialidad en la ley, de universalidad en la institución, y de transnacionalidad en los problemas, estaremos frente a un mundo globalizado, frente a un derecho que exige ser entendido uniformemente en los lugares en donde se aplique, para que los problemas se puedan solventar en toda su magnitud. Estaremos en referencia del Derecho Familiar Internacional.

El cambio en las tendencias de los materiales Derechos Familiares, ha encontrado su vía de expresión en el Derecho internacional privado, ya que a pesar de todas sus diferencias y similitudes, se han desarrollado en una historia común. La elección de los factores que los ha conectado, no es incondicional; la cual no puede realizarse correctamente a prioridad, independientemente los elementos valorativos materiales, sino debe considerarse en relación con las condiciones económicas, religiosas, políticas y sociales imperantes. El Derecho Internacional Privado es no solo la distribución de la competencia del derecho Público, también cumple al mismo tiempo con una autónoma tarea de justicia que, sin embargo, no se identifica con un determinado resultado material. Debe buscarse el ordenamiento jurídico más cercano, según las características de conexión del Derecho material. Este ordenamiento no puede considerarse en un espacio absolutamente abstracto, sino siempre debe adaptarse en forma relativa

Derecho Familiar Internacional

sólo a las situaciones sociales específicas. Sin embargo, esta elección de derecho no parte de una mejor o peor situación de Derecho material, ya que la justicia del Derecho Internacional Privado no se relaciona con el contenido de los diversos derechos materiales²⁵⁸. En este sentido, la evolución en el campo de este derecho, pertenece al esbozo que se le ha querido dar hoy en día a las tendencias del Derecho de Familia, siendo que ambos tienen una importancia fundamental.

Las exigencias hacia los factores de conexión de un moderno Derecho internacional, sea cual fuere su naturaleza, se encausan en las revoluciones políticas, el aumento de los apátridas y perseguidos políticos, así como de refugiados, hacen ver claramente que el principio de nacionalidad, por lo menos en su forma inflexible, no responde a la época actual. Además el factor exclusivo de la nacionalidad, se encuentra con dificultades en el Derecho Familiar Internacional, los problemas emergentes hacen replantear estos problemas en el contexto internacional, incluyendo que los matrimonios entre cónyuges de la misma nacionalidad, es hoy día mas frecuente.

Como en otras circunstancias, en éste se hace ver que la controversia entre el principio de la nacionalidad y del domicilio, sólo se pueden obviar con un concepto transnacional. Una solución unitaria para establecer un estatuto sobre la persona en su totalidad, que no se sectorice por solo incluir particularidades regionales, pero que nos ayude a resolver las necesidades que surjan en una disputa internacional.

²⁵⁸ MULLER FRIENFELS, WOLFRAM. Desarrollo del... Ob cit. p. 32

Derecho Familiar Internacional

Tenemos que ver los puntos de conexión, como los conductos necesarios para abordar un problema y solucionarlo en su raíz, y no solamente que aludan a una simple eliminación de la norma incompetente, sino que resuelvan por sentido de justicia y de lógica jurídica, la controversia que se puede presentar en una relación familiar, con miembros de distintas nacionalidades.

Debemos adoptar un pronunciado sentido realista de una relación local de las respectivas cuestiones personales y culturales, para que la conexión, entre las condiciones sociales y jurídicas correspondientes, gane una importancia considerable en contraposición a la preferencia de antaño, de limitantes nacionales o de literalidad del estatuto.

Así, la aplicación general de un mismo ordenamiento, nos permitirá tener coherencia y operatividad en la observancia de la norma. La conexión unitaria asegurara, al contrario, una igualitaria aplicación del Derecho y favorecerá con esto la seguridad jurídica.

Incluso podemos recurrir, como se hace en algunos países de Europa (Alemania, Bélgica, Luxemburgo), a la positividad de un criterio general, con un factor de conexión normal que no lesiona la igualdad²⁵⁹. Con el riesgo, previo compromiso internacional, de recurrir a una autoridad supranacional, en caso de tener diferenciados, sacrificando la libertad nacional al bienestar internacional.

²⁵⁹ *Ibidem* p. 35

Derecho Familiar Internacional

Solo con una ordenanza superior, podremos aspirar, a un orden tan confuso y posiblemente inexistente. La coordinación en las leyes, la reciprocidad en el trato, y la buena voluntad en la creación de instrumentos internacionales, deben jugar un papel relevante, pero sobre todo cotidiano entre los estados para que el Derecho Familiar Internacional se pueda realizar, pero mas importante, pueda cumplir con su cometido.

Con estos esbozos, la proliferación de convenios y Tratados, ponen en evidencia la presencia de este derecho en el mundo; las modernas tendencias del derecho, y especialmente del familiar, se ven hoy como obras fragmentadas. La vía del desarrollo, solo se encuentra en la buena voluntad de los encargados de aplicar la norma, o en la esperanza de un Estado y gobierno justos, los casos individuales en estos puntos, son aislados. Todos los anhelos se deben unir en fin atemporal: apoyar la estabilidad de la familia y, con ello, al mismo tiempo, actuar tanto en interés de aquellos individuos como en el de la comunidad. Solo el futuro nos podrá demostrar definitivamente si, y hasta dónde, con estas tendencias del Derecho Familiar, estamos haciendo lo necesario o solo lo suficiente. Este juicio dependerá del criterio que adoptemos, frente a los problemas fundamentales; los cuales ven como común denominador a la pregunta de hasta dónde puede llegar el imperio de la ley en el ámbito de la familia.

Lo cuestionable en todos los esfuerzos jurídicos, no puede perderse de vista justamente en nuestra época, tendiente a la perfección de las leyes, porque en esta forma perderían su sentido las indispensables tensiones y divergencias alrededor del problema central: la internacionalización de la

Derecho Familiar Internacional

familia, la de sus problemas, la de sus preceptos y, por consecuencia, la de sus soluciones para que sus alcances sean eficaces y sólidos.

La materia del Derecho Familiar Internacional, debe verse encausada por una política legislativa local, así podremos partir de una clara intención de reivindicar la importancia de la institución en la vida de la sociedad.

La organización familiar tiene una relación expresa o tácita, integrada por un conjunto de propósitos, deseos, actitudes, creencias, derechos, obligaciones y prohibiciones de sus miembros. Relacionando esto con la política legislativa, es preciso plantear los problemas entre el Estado y la familia, interacción que se considera, produce un costo social. La confusión en la actividad del Estado, ha hecho perder la protección que la institución debería recibir a través de la legislación especial; en consecuencia se han producido relaciones personales muy estrechas que no consideran la racionalidad familiar, cuando se reglamentan otros aspectos en la actividad legislativa o se toman decisiones administrativas o judiciales ²⁶⁰. Esta falla resulta dañina, porque no examina la relación familiar con toda la contundencia requerida por la institución

Esta política debe tomar en cuenta, que la actividad del Estado no puede fomentar la formación generalizada de intervenciones infundadas, arguyendo la defensa de la institución, ya que se podrían presentar represiones en las relaciones familiares. Lo anterior como consecuencia de los límites

²⁶⁰ PEREZ CARRILLO, AGUSTIN. *Relación entre Estado y Familia*. Anuario Jurídico XIII, Primer Congreso Interdisciplinario Sobre la Familia Mexicana. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986. p. 251

Derecho Familiar Internacional

ideológicos, ingeridos por medio de la educación, recursos ante los cuales, la familia estaría expuesta. Debe proponerse una actitud clara, no hacia la visión del costo estatal, sino a la del costo social, ya mencionado.

El Estado debe asumir su responsabilidad, encontrar esa naturaleza particular del Derecho de Familia, para que pueda, en el ámbito Internacional, hacer coincidir las intenciones de sus políticas. No puede haber dos direcciones diferentes, la aplicada en el exterior y la interior. Si así se trata de hacer, la visión se vuelve muy estrecha, y la acción muy poco efectiva, al no encontrar coherencia y sistematización uniforme. Resalta la importancia del Derecho Familiar Internacional, el cual da unidad a la ley, y la seguridad jurídica en esta rama del derecho, dará bases sólidas a la sociedad, y bienestar general a toda la población. Aquí encontramos la justificación mas importante, para hablar de la existencia y de la autonomía, consecuentemente, del Derecho Familiar Internacional.

II. ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LAS DECLARACIONES Y CONVENCIONES ADOPTADAS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DESDE 1948 EN EL SENO DE LAS NACIONES UNIDAS, QUE DAN SUSTENTO AL DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

Como lo vimos en la parte referente a la Organización de las Naciones Unidas, el Derecho Familiar Internacional, ha encontrado en esta institución, un apoyo claro y firme, en la elaboración de documentos que le dan sustento.

Derecho Familiar Internacional

Que mejor Organización para reflejar, el carácter de internacional de cualquier asunto, de igual manera, no hay mejor expresión, de los objetivos de las Naciones Unidas, que la Familia, en tal sentido, el mejor apoyo para hacer notar la valía que esta rama jurídica tiene en la vida de los Estados, son los tratados y declaraciones que se han efectuado en esta organización.

Partimos del año de 1948, porque se da, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su importancia marca el parteaguas de la historia del Derecho Internacional en todas sus expresiones y especialmente en el Familiar Internacional.

Tal Declaración en su artículo 12 dicta: "Nadie será objeto de Injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o su correspondencia, ni de ataques en su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"²⁶¹

En su artículo 16 , inciso 1 y 3 dispone: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión , a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio;...3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."²⁶²

²⁶¹Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12.

²⁶²Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16.

Derecho Familiar Internacional

También en su artículo 25 hace referencia a la familia: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.²⁶³

En esta declaración podemos ver la voluntad expresa de los Estados, de reconocer la importancia de la familia como parte fundamental del individuo. Aún no veían al individuo como parte de ella, que es como en realidad es, pero el adelanto que se nota, sobre todo en el año en que se hace, es que se reconocen los derechos familiares, como derechos subjetivos fundamentales del hombre. Se reconoce la garantía de legalidad, sobre la intimidad familiar, al ver a la familia como un bien intangible, invaluable e inalienable del individuo.

Sin embargo lo más destacable, repetimos, en esta declaración, es ubicar a la familia, como la célula básica de la sociedad, y al considerarla como elemento fundamental de ésta, consideran como tarea prioritaria del estado, la protección a la misma. Lo demás, cae en la vaguedad y en la utopía, pero sí destaca las directrices que deben guiar los programas sociales destinados a la familia, encabezados por el Estado y, al contenerlos en un declaración de esta magnitud, por la comunidad internacional.

²⁶³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.

Derecho Familiar Internacional

El instrumento tienen pretensiones universales, por la que al considerar a la familia, esta se eleva a su verdadera vigencia, que es la universalidad.

Otra referencia a la familia, se encuentra en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 ²⁶⁴:

"Artículo 24. Legislación del trabajo y seguros sociales.

1. Los estados contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes:"

"b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes:"

"i) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición;"

"ii) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o la participación en los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal."

²⁶⁴ Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991. pp. 658-675

Derecho Familiar Internacional

Ya hablamos del nuevo reto, al que se enfrentan las familias de refugiados. Este problema debe ser resuelto con colaboración de varios Estados. Primero, el receptor, debe garantizar las condiciones en que los individuos que han ingresado a su territorio, cumplan con las condiciones de dignidad y respeto, que requieren para vivir, mientras están ahí. El problema de los refugiados, es una situación temporal, por lo que la colaboración del Estado del que huyen, se dirige a la mejora de la situación del país, sin ejercer ningún tipo de represalias contra los emigrantes, de otro caso, estaremos hablando de refugiados políticos. De igual manera se necesita la ayuda de países del exterior, para poder sustentar los gastos que cause esta situación irregular. Sin descuidar las responsabilidades familiares, maternidad, u otras circunstancias familiares, por la importancia de las mismas en la vida de sociedad, aun en la sociedad refugiada.

De igual forma, la Convención sobre el estatuto de los Apátridas, de 1954, en su artículo 24 ²⁶⁵:

"...1. Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes:"

"a) Remuneración, inclusive subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, disposiciones sobre horas extraordinarias de trabajo, vacaciones con paga, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de

²⁶⁵Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Ob cit. pp. 645-657

Derecho Familiar Internacional

mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo en la medida en que estas materias estén regidas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas;"

"b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o a los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes:"

- I. Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición;"

- II. Posibilidad de que las leyes o los reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o partes de ellos pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal"

En este Tratado, con una disposición muy parecida a la del anterior, se vuelve a tomar la necesidad de la protección a la familia; es un caso más particular que el anterior, este trata de integrar a la comunidad, el menos en lo formal, a la familia como institución y con respeto a sus propias costumbres. Es de notar, que al hablar de los apátridas, no está considerando a la nacionalidad, como un atributo de la persona Física jurídica,

Derecho Familiar Internacional

pero reconoce la necesidad , de resguardo familiar, sea cual fuere la situación que se trate.

Las Reglas Mínicas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955, el párrafo 37, hace referencia a la familia²⁶⁶

"37. Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas."

Este derecho mínimo, le permite al recluso mantener la integración a su grupo familiar; nadie deja de ser hombre por estar recluido, y como tal se le deben respetar sus derechos familiares. No tiene porque ser la institución familiar, la que resienta los efectos de las fallas del sistema penitenciario, de la readaptación social y, mucho menos de la segregación de un posible error del sistema de justicia.

En el principio seis, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 dice:

"Principio 6.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La

²⁶⁶Reglas Mínicas para el Tratamiento de los Reclusos. Ibidem. pp. 249-268

Derecho Familiar Internacional

sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.²⁶⁷

Una vez se reconoce la importancia fundamental de la familia en sus tareas de cuidado y protección de los niños; deja a los padres la responsabilidad la formación de los niños, pero este instrumento debería reforzar esta responsabilidad como un obligación que el Estado impone, ya que de no ser así, se puede desproteger la formación de los menores. La tarea de las autoridades públicas se debe extender a todos los niños, y hacer una especial énfasis en aquellos que no tienen familia, pero su cuidado debe abarcar a todos, para evitar casos de maltrato y explotación.

Siguiendo con el desenvolvimiento de las Declaraciones, en 1965, se da la Declaración sobre Fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos. En ella también se hace referencia a la familia.²⁶⁸

"Principio VI.

La educación de los jóvenes debe tener como una de sus metas principales el desarrollo de todas sus facultades, la formación de personas dotadas de altas cualidades morales, profundamente apegadas a los nobles ideales de paz, libertad, dignidad e igualdad para todos y penetradas de respeto y

²⁶⁷ Declaración de los Derechos del Niño. Recopilación de Instrumentos Internacionales. Publicación de la O.N.U. New York, USA. 1983. pp. 140-141

²⁶⁸ Declaración sobre Fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos. Recopilación... Ob cit. pp 142-143

Derecho Familiar Internacional

amor para con el hombre y su obra creadora. A este respecto corresponde a la familia un papel importante."

Demasiado clara en su enunciación, resultan los valores que resguarda este principio; la juventud, no es un estadio independiente de las relaciones familiares. Siempre la protección y la formación de la familia, será una condición sine qua non, para el desarrollo de la especie humana.

La Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad mínima para Contraer Matrimonio y el registro de los Matrimonios de 1965 dice:²⁶⁹

"1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto a matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."

Este párrafo, es una parte del Instrumento de Derecho Familiar Internacional, que mas refleja las características de esta rama jurídica. Ninguno de los tratados o declaraciones, que hace referencia a la familia, expresan tan claramente, el verdadero sentido del Derecho familiar, y es a la vez un ejemplo, de que las cosas se pueden crear, cuando se tiene voluntad para hacerlas y expresarias, como lo hace esta convención.

²⁶⁹ Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad mínima para Contrarar matrimonio y el registro d
elos matrimonios. Ibidem. pp. 138-140

Derecho Familiar Internacional

Siguiendo un orden cronológico, sigue el turno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que en sus artículos 23 y 24 expresa:²⁷⁰

"Artículo 23, fr.c.1. La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

"Artículo 24, fr.c.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."

En el mismo año, se realiza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 10 se refiere a:

"Artículo 10, fr.c.1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges."²⁷¹

En realidad, estos dos últimos pactos, repiten las ideas y principios que ya se habían manifestado en la Declaración Universal de Derechos Humanos

²⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Publicaciones... Ob cit. pp. 20-40

²⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ibidem. pp. 8-19

Derecho Familiar internacional

de 1948. Lo que hacen éstos pactos, es dividir los objetivos de los países, resultado de la disputa norte - sur, que se acentúa a mediados de la década de los sesentas, con el movimiento de los no alineados. Esta condición refleja la disputa en el mundo, entre ricos y pobres; los primeros se abanderan con la defensa de los derechos civiles y políticos, pues su necesidad económica ya está satisfecha, y dicen que se debe lograr plasmar los derechos políticos, como presupuesto para la obtención de los derechos económicos; los pobres, el tercer mundo, pugna por los derechos económicos y sociales, sin ellos no se pueden expresar las libertades políticas, lo que buscan en realidad es la ayuda de los países desarrollados. No queremos entrar en la disputa de cual derecho antecede a cual, lo que si es de notarse, es que cada bloque de países, defiende su necesidad y sus intereses, en este caso, el dividir los Derechos Humanos, ocasiona la segregación del mundo, en vez de unirla. Se deben ver todos juntos, y ayudarse unos a otros para defenderlos y hacerlos efectivos, y que no se vea afectada la sociedad y la familia, sino reforzada con la tutela de estos principios.

En el año de 1968, se efectúa la Proclamación de Teherán, de ella es importante destacar:

"16. La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos."²⁷²

Se eleva la planificación familiar, como una prioridad internacional, pero en un marco de respeto a la libertad humana, de los padres. La comu-

²⁷² Proclamación de Teherán. Ibidem. pp. 51-54

Derecho Familiar Internacional

idad Internacional, asegurará la expresión de este principio, mediante el respeto a la libertad de planeación de la familia, como mejor medida para lograr el bienestar de la institución.

Más de una década después, en 1979, se celebra la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en algunas de sus partes expresan:

"Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones del hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad..."

"Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe de ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto..."

"Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia..."

Derecho Familiar Internacional

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:"

"e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos."²⁷³

Los Estados, como los órganos mas importantes de representación, deben tener siempre redes de protección para todos sus individuos. La población femenina es una de las mas susceptibles de discriminación y abusos, contra ellos, se debe llegar a un reconocimiento del papel que juega ésta población dentro de la sociedad y de las relaciones familiares. Los candados que le impiden a las mujeres realizarse, y desempeñar sus funciones en la familia, deben ser quitados por el Estado y aceptados por la sociedad machista, que aun ve con recelo a la mujer y no le permiten integrarse completamente. Pero se tiene que aclarar esta incorporación, no puede darse en el terreno de la igualdad, ya que la mujer debe gozar de mas protección y cuidados, por la naturaleza física e importancia de las labores que realiza; hay que hablar de maternidad, de trabajo doméstico, intervención del hombre en estas tareas, para que las condiciones y los fines que pretende establecer esta declaración, se vean redondeados en beneficio de la mujer, y sobre todo de la familia.

²⁷³ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ibidem. pp. 154-167

Derecho Familiar Internacional

En 1981, se emite la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones, documento que completa el derecho a la libertad de planeación familiar que tienen los padres que ya se había plasmado en la Proclamación de Teherán y antes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se completa este principio, pensamos que influencia de la Convención contra la discriminación a la mujer, con el respeto a las convicciones, a la religión y a la educación moral que los padres o tutores, decidan para la mejor vida de la familia. Así lo expresa el artículo 5:

"1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño."²⁷⁴

De igual forma se trata de proteger a los menores que por alguna circunstancia, incurran en la comisión de actos delictivos para lo cual, se realizan en 1985, en Beijing, China, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores; la cual fundamenta su existencia en función de la familia, e impone al estado la obligación de adoptar medidas que permitan a los menores infractores, recibir la ayuda necesaria para su readaptación social y familiar. Así lo establecen dos preceptos de este convenio:²⁷⁵

²⁷⁴ Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones. Ibidem. pp. 123-127

²⁷⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Ibidem. pp. 367-392

Derecho Familiar Internacional

"1.1 Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia."

"1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad."

Otro instrumento relacionado con el Derecho Familiar Internacional, se realiza en 1985 y es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso del Poder, ésta en varias de sus partes, guarda principios de protección a la familia.

"2. Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente declaración, independientemente que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. E la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización."

"3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad,

Derecho Familiar Internacional

idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.”

“6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:...d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.”

“8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.”

“12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:...b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.”²⁷⁶

²⁷⁶ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso del Poder. Ibidem. pp. 393-396

Derecho Familiar Internacional

Estas disposiciones, se orientan a la erradicación del maltrato de menores por sus padres o parientes, elevando al carácter de "víctimas" a los hijos que reciban maltrato debiendo ser por consecuencia, y en arreglo a las leyes de cada localidad, consideradas como delitos. Otros aspectos importantes son los que defienden una serie de derechos de los delincuentes, como son la integridad de su familia; contienen dos importantes capítulos, de Resarcimiento y de Indemnización, los cuales en algunos países son letra muerta y, se dejan ir por el mero castigo de privación de la libertad; siendo que en ocasiones es mas importante para los familiares, tratar de recibir un pago por el daño que han sufrido. El encarcelamiento del agresor, sin ser descartado, no beneficia en nada a las víctimas, ni a los familiares de éstas, por lo que esto es algo que se debería de observar más por las legislaciones de algunos Estados.

La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, que se adopta por la Asamblea General de las naciones unidas en 1986, en unas palabras expresa, la importancia fundamental e insustituible de la familia en la vida de los menores. Representa además el reconocimiento del papel fundamental de la familia por parte del Estado y de la Comunidad Internacional, y este renglón jugará un papel importante en la iniciativa que se había dado en 1982, para la Declaración del Año Internacional de la familia, que se lleva a cabo en 1994.

Derecho Familiar Internacional

"Artículo 2. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia."²⁷⁷

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que México fué gran impulsor, tuvo un importante papel a nivel Internacional. La misma se celebra en 1989 y entra en vigor en 1990, al lograr la adhesión de veinte Estados, hasta ese momento, cifra que refleja el interés de los países, en los problemas familiares y particularmente de la infancia; dado que muchas convenciones se han visto frustradas, por no conseguir ni siquiera la ratificación de mas de dos Estados, se recibe un gran apoyo de la comunidad internacional y hoy en día muchos países la siguen adhiriendo. Algunos preceptos relacionados con la familia dicen :

"Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión."

"Artículo 22. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma en que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas para proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanentemente o temporalmente de su

²⁷⁷ Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional. Ibidem. pp. 201-205

Derecho Familiar Internacional

medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención."²⁷⁸

Esta Convención expresa ideas ya citadas. Agrega la obligación de las autoridades, para integrar a los niños a familias, propias como prioridad, o al Estado como sustituto de ellas en su defecto, por medio de instituciones. No es un prerrogativa de los gobiernos, buscar a las familias de los desplazados, es una obligación, pero una vez mas se debe recurrir a la ayuda internacional para lograr este objetivo. Este último aspecto, se trata muy tibiamente, y debe imponer un obligación internacional a la comunidad de estados signatorios, y no solo una obligación local, que no podrá ser totalmente efectiva.

Las Naciones Unidas han tratado por medio de los Instrumentos comentados, despertar la conciencia de los estados miembros; los cuales colaboraron para que se llevara a cabo la Declaración del Año Internacional de la Familia -1994-, que permitió abordar los problemas actuales a nivel mundial, al grado de llevar realizar dos cumbres internacionales que dieron prioridad a la familia en la agenda de la O.N.U., hecho que resalta la importancia del Derecho Familiar Internacional, en la seguridad y futuro de cualquier Estado, para lograr el bienestar de sus individuos.

²⁷⁸ Convención sobre los Derechos del Niño. Ibidem. pp. 178-199

III. PROSPECTIVA DE DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

Hemos revisado los antecedentes del Derecho Familiar, para fundamentar su existencia y su naturaleza. Ahora toca el turno de dar una rápida revisada para considerar su pasado, evaluar su presente y plantear un posible escenario en el futuro. Para esto tomamos en consideración la ponencia del Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, expuesta en el VIII Congreso mundial sobre Derecho de Familia, celebrado en noviembre de 1994, en Caracas, Venezuela.

Partiendo de nuestro análisis desde tiempos de la Revolución francesa, notamos la influencia cristiana indiscutible en la familia, en países como Francia, donde la Revolución de 1789, detuvo el desarrollo de la misma, ya que se quitó al matrimonio su carácter religioso, considerándolo como contrato. Sentido en el cual, los hermanos Mazeaud afirman que "cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El Derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento".²⁷⁹

Danton, pretendió en esa época, reestablecer el que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a los padres.²⁸⁰ En cuanto a la legislación, se llegó al extremo de iniciar la calificación de los hijos por el origen de las relaciones sexuales de sus padres.

²⁷⁹ MAZEUD HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil. Primera parte. Vol. I, II y III. Egea Editorial. México, 1959. p. 32

²⁸⁰ MAZEUD... Ob. cit. p. 44.

Derecho Familiar Internacional

Como consecuencia de la Revolución Francesa se promulgó el Código Civil de los Franceses o Código Napoleón, que basado en el Derecho romano, el consuetudinario, el antiguo Francés y el canónico, ratifica las obligaciones de fidelidad, protección, ayuda mutua que se debían ambos cónyuges, negándole a la mujer el derecho a la sucesión testamentaria. La patria potestad fue absoluta. El divorcio fue suprimido en 1816 y reestablecido en 1864, debido a que la gran industria y las nuevas costumbres obligaron a las mujeres de la burguesía, clase baja y media a trabajar para mantener cierto nivel de vida. Se desconoce la realidad social con la afirmación de que "el Estado no tiene necesidad de hijos bastardos".²⁸¹ Es evidente que se dio un gran atraso en la legislación familiar, extendiéndose a las legislaciones de los países que siguieron los lineamientos del Código Napoleón como fue el caso de México.²⁸²

A principios de siglo, en Italia, Antonio Cicú advierte que el Derecho Familiar no forma parte del Público ni del Privado, sino que es un nuevo género autónomo e independiente de los enunciados. Rechaza que el Derecho Familiar sea Derecho Social y señala que la familia es más importante que el propio Estado. En palabras de Cicú, debemos de considerar que "antes del Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria, pues hemos observado que en tiempos primitivos es predominantemente la necesidad del sustento común, y la defensa la que determina la organización jurídico-social de la familia; y también aquí puede considerarse que esa necesidad no haya operado con

²⁸¹ DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. Tratado de Derecho de Familia. Edit. Tea. Buenos Aires, Argentina. 1953, p.17.

²⁸² GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Prospectiva del Derecho Familiar Internacional. Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, Venezuela. 1995 p. 14

Derecho Familiar Internacional

motivo de libre determinación voluntaria, y de allí, precisamente, el carácter político de la constitución interna del grupo. Si hoy, -1913- en la necesidad de la defensa a la familia se ha sustituido el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido al individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter de agregado necesario y tampoco puede decirse que su carácter constitutivo sea sólo y principalmente la necesidad sexual y de la conservación de la especie. Estamos convencidos de que frente a una tendencia a reducir a aquellos datos primitivos la esencia de la familia, legisladores e intérpretes deben reaccionar; siendo su cometido, en cuanto a la familia, lo mismo que en cuanto al Estado, no el limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino, ante todo, llevar a cabo una función preventiva y educativa".²⁸³

La exposición de Cicú resulta valiosísima para sostener científicamente que el Derecho Familiar no es parte del Público ni del Privado. Es formidable el tratamiento que le da, al considerar el interés familiar con características especiales y el estatal también; pero haciendo la distinción de interés general de este último, e interés no general.²⁸⁴

Roberto Ruggiero sigue fielmente a Cicú y afirma que "mientras en las demás ramas del Derecho Privado, el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual de la persona, y el Derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del

²⁸³ CICU, ANTONIO. *El Derecho de Familia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediar. Buenos Aires, República Argentina, 1947. Este volumen corresponde a la traducción de la obra italiana *Diritto de Famiglia*, Athenaeum, Roma MCMXIV, pp. 109 y 110.

²⁸⁴ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. *Prospectiva...* Ob cit, p. 16

Derecho Familiar Internacional

titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo, subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección de un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad, dependen de la solidez del núcleo familiar.²⁸⁵

Ruggiero ahonda en su teoría aportando cuatro principios fundamentales de Derecho Privado que no se aplican al Derecho Familiar. Según él "no es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud los demás campos del Derecho Privado, el interesado puede remitir la voluntad ajena a la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos"²⁸⁶.

Otro principio no aplicable al Derecho Familiar es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios familiares, o sea, no se pueden sujetar a término o condición, sea suspensivo o resolutorio. La irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares, es otro principio del Derecho Privado que no se aplica al Familiar. El cuarto principio, lo constituye la intervención estatal en las relaciones de Derecho Familiar, pues en el privado se deja que las partes decidan a su libre arbitrio cómo será su conducta.

²⁸⁵ RUGGIERO, ROBERTO DE. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Tomo II. Vol II. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Instituto Editorial Reus, Madrid, España, pp, 9 y 10.

²⁸⁶ RUGGIERO, ROBERTO DE. Ob. cit. p. 10.

Derecho Familiar Internacional

Cabe señalar, que en México la primera ley de divorcio que disolvía el vínculo y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio surgió en 1914, siendo su aportación en materia familiar, el hecho de que por primera vez en nuestro país se permitía la disolución del vínculo matrimonial. En su momento, fue una ley importante, ya que terminó con la promiscuidad que originó el matrimonio al no poderse disolver; se detuvo la proliferación de hijos ilegítimos y por supuesto, el concubinato no tuvo mayor trascendencia marcando el inicio de una nueva etapa en el Derecho Familiar.²⁸⁷

Así mismo, la lucha de clases que se dio en México en 1910 obligó al Presidente Carranza a abrogar de la parte correspondiente de la familia del Código Civil de 1884, todo lo referido a los conflictos de Derecho Familiar promulgándose la Ley sobre Relaciones Familiares con el objetivo de regular a la familia y sus instituciones principales. Esta fue una ley adelantada para su época y se refería a las formalidades para contraer matrimonio destacando los aciertos que tuvo en favor de la familia y el ser por supuesto un argumento, legislativo que se adecua de manera muy especial a apoyar la autonomía del Derecho Familiar.

Por la misma época en países como la antigua Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas las leyes sobre la familia empezaron a ser revisadas, ya que el avance de la revolución propició que en los años 1925 y 1926 se diera la aprobación de un nuevo Código de leyes sobre el matrimonio, la familia y la tutela. Posteriormente, en 1936 se adoptó una disposición para proteger la maternidad y se introdujeron modificaciones de fondo en

²⁸⁷ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. *Prospectiva...* Ob cit. p.19

Derecho Familiar Internacional

contra de la regulación jurídica de las cuestiones del matrimonio y de la familia, con objetivo de elevar la responsabilidad respecto a la obligación alimentaria y a suprimir los divorcios ligeros. En 1944 y 1945 se dieron otras modificaciones a la legislación familiar, conceptualizando al matrimonio como la unión voluntaria y libre del hombre y la mujer, previa a la libre determinación del problema del casamiento, de la creación de la familia y de la elección del cónyuge. Se gozaba de plena libertad para contraerlo, suprimiendo las diferencias por clase social, nacional, racial y religiosa. Se ratifica la monogamia y se refrendan sus normas. El matrimonio no era un asunto privado o personal, sino que el Estado tenía un interés en el mismo y así se expresaba en la ley. Se contraían determinados derechos, específicamente respecto al apellido. Se establecieron obligaciones alimentarias mutuas y derechos sucesorios iguales. Se le dio a la mujer una igualdad absoluta para obrar y ejercer sus derechos sin subordinación a su esposo. También regularon de manera importante las relaciones jurídicas entre padres e hijos.²⁸⁸

El Derecho Familiar Soviético, posee además otra institución importante que recibe el nombre de contrato de patronato, que se funda en la ayuda social que el Estado da a los niños huérfanos, entregándolos para su educación a familias de trabajadores, por medio de un convenio realizado entre el órgano estatal y la persona que acepta al niño para su educación por un lapso determinado.²⁸⁹

²⁸⁸ SVERDLOV, G. *Fundamentos del Derecho Soviético*. Publicación de Ciencias de la URSS. Traducción del ruso al español por José Echenique. Moscú, Rusia. 1962, p.437.

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 23

Derecho Familiar Internacional

En Francia también hubo manifestaciones a favor de la familia, con un intento que sin llegar a ser un Código, tuvo importantes manifestaciones. Hubo un decreto que fue bautizado en 1939 como *Code de la Famille* (Código de la Familia) y tuvo como origen el problema de la natalidad y la organización de la familia²⁹⁰. Es importante destacar que según los franceses, cuando la familia pierde su cohesión, la natalidad disminuye y en este caso Francia fue en Europa la región más poblada y esa era una de sus preocupaciones, reducir la natalidad pero a expensas de quedar indefensos. Debemos considerar que el Decreto, llamado Código de la Familia en Francia, ha buscado el fortalecimiento de ésta, pues anteriormente había ido en decadencia.

Algunas figuras se han visto menospreciadas por el Derecho Familiar francés, como el concubinato. La jurisprudencia reconoce su existencia jurídica, sin embargo, la ley no habla del mismo y sólo se señalan algunos efectos jurídicos raros que le ha dado la jurisprudencia, lo cual indica que el Derecho Familiar en ese país, también ha sido objeto de una evolución, para finalmente actualizarse en lo que a protección de la familia se refiere.²⁹¹

Otro antecedente de gran importancia fue el hecho de que en 1971, se crearon en el Distrito Federal en México, los primeros seis Juzgados Familiares, separados de los Civiles. Para 1994, éstos se han incrementado a número de 40, así como dos Salas de segunda instancia, repitiéndose esto

²⁹⁰ MAZEUD, HENRY, LEON Y JEAN. *Lecciones de...* Ob cit. pp.15-16

²⁹¹ DELMAS-MARTY MIREILLE. *Le Droit de la Famille*. Segunda edición puesta al día. París, France., 1980 pp.7 y ss.

Derecho Familiar Internacional

en cada una de las entidades federativas de la República Mexicana. Actualmente, nuestro país tiene en vigor el Código Familiar de Hidalgo y el de Procedimientos Familiares, y el de Zacatecas de 1986.²⁹²

De igual forma, en 1983, en su séptima sesión plenaria, la OEA, emitió una declaración sobre los derechos de la familia que hace referencia al niño, a los padres, al derecho de la intimidad en la vida familiar, a la dirección que debe ejercer la familia en la educación de sus hijos y a transmitir sus valores culturales, sociales, morales, religiosos y otros, así como obtener del Estado el apoyo necesario. Se refirió a las necesidades básicas de protección y seguridad social para la familia y a que las familias formen parte de las asociaciones civiles, culturales y en especial del bien público.²⁹³

Otro aspecto brillante fue que la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió declarar a 1994 como Año Internacional de la Familia exhortando a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

A lo largo del presente repaso histórico, hemos llegado a la conclusión de que el Derecho Familiar ha consolidado su autonomía en todos los órdenes. Es indiscutible que las convenciones que se han dado nos hacen pensar en un futuro prometedor para la familia rodeándola de normas jurídicas adecuadas que la salvaguarden.

²⁹² GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. *Prospectiva...* Ob cit.p.26

²⁹³ Organización de los Estados Americanos. Secretaría de Asuntos Jurídicos. Washington, D.C., USA. *Resolución 67813-0/83*, Edición Oficial, p. 93.

Derecho Familiar Internacional

Los criterios tradicionales que han sostenido al Derecho Civil, no se aplican al Derecho Familiar. Los criterios legislativo, jurisdiccional, científico, didáctico, institucional y procesal, sostienen que ha logrado separarse del Derecho Civil; fundamentalmente porque su objeto de estudio y sus normas de orden público, le dan a la familia rasgos propios.

En lo que se refiere a la legislación, debemos considerar que a nivel mundial ya existen varios países con Códigos Familiares, pues una diversidad de naciones, cuentan en la actualidad con legislaciones familiares y en otras partes, existe ya Código de Procedimientos Familiares, lo cual le da su contenido al criterio legislativo, porque esas leyes se han dado con total autonomía del Derecho y de la legislación civil.²⁹⁴

El criterio jurisdiccional surge cuando existen Tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares como sucede en México y en países como Guatemala.

El criterio científico se da por la existencia de producción bibliográfica y literaria especializada e independiente, que sirve como base a la materia en cuestión, como lo demuestra la elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del Derecho que lo haya creado. El criterio didáctico, permite ubicar a la disciplina jurídica con una enseñanza distinta a la del Civil; la enseñanza universitaria del Derecho Familiar, complementa este criterio didáctico.

²⁹⁴ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. *Prospectiva...* Ob cit. p. 29

Derecho Familiar Internacional

Con respecto al criterio institucional, el Derecho Familiar tiene sus propias instituciones, como lo demuestra el hecho de que no haya ido a tomar del Derecho Civil ninguna institución, como ejemplo tenemos el matrimonio, la tutela, el patrimonio familiar, la teoría de las nulidades del matrimonio, los impedimentos para contraerlo, los aspectos testamentarios, la sucesión legítima, etc. Para concluir, también debemos señalar el criterio procesal, ya que el Derecho Familiar tiene sus propios procedimientos, así como su objeto de estudio como ocurre con diferentes instituciones que son reglamentadas con esas formas procesales distintas. En estas circunstancias, queda establecido que el Derecho Familiar ha consolidado su autonomía y que es totalmente distinto al Derecho Civil.²⁹⁵

Existen igualmente diversos movimientos que favorecen a la familia y que han surgido con el apoyo de organizaciones como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, e incluso de la Santa Sede y que han tenido como consecuencia la elaboración de documentos como la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue adoptada en 1989 -1990- y que tiene como objetivo principal que se proteja al niño por su falta de madurez física y mental, ya que requiere protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Así mismo a pesar de que ya se habló del año internacional de la familia, se debe destacar el deseo de que ese sea el principio de una lucha que tenga como fin lograr que todos los países en un futuro no lejano, promulguen la legislación familiar que verdaderamente proteja a esta institución y a sus miembros.

²⁹⁵ibidem p. 31

Derecho Familiar Internacional

También cabe destacar el relevante papel que han desempeñado las Comisiones Nacionales de Derechos Humanos, debido a que representan un gran avance en favor de la familia, en virtud de que hay una vigilancia y una preocupación porque los mismos se cumplan, como se ha señalado, no solo por las Naciones Unidas, sino también por los gobiernos locales y sus diferentes organismos de Derechos Humanos ²⁹⁶. En México, ha sido una creación muy importante, porque a raíz de su promulgación, el cumplimiento de los derechos de familia ha cobrado la rigidez propia de esa importante institución.

El desenvolvimiento de las tendencias hacia el Derecho familiar, en un futuro no lejano, propiciará la vigencia de legislaciones autónomas de derecho familiar en cada país. La exigencia de la mejora familiar, hará necesaria la promulgación de una Declaración Universal de los Derechos de la Familia.

El mundo ha tomado una dirección que ya no se puede detener. La revolución del Derecho Familiar, ha hecho retomar a las Organizaciones Internacionales, y a los Estados en particular, la problemática social que amenaza la estabilidad en el mundo; estos riesgos son grandes, y su solución debe ser, y creemos que los seguirá siendo en el futuro, la prioridad en los programas de cooperación y desarrollo de los países en el globo terráqueo.

Un ejemplo de la importancia de abordar la problemática actual, es la propuesta de las Naciones Unidas, de dar voz a la Familia. Este programa, consiste en hacer entrevistas sucesivas, a diferentes familias en

²⁹⁶ *ibidem* pp. 32-33

Derecho Familiar internacional

distintas partes del mundo, las cuales serán estudiadas por la UNICEF, la UNIFEM (Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer), la UNFAP (Fondo de las Naciones Unidas para la Población), la UNDP (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) y el Fondo Voluntario para el Año Internacional de la Familia, de donde surgirán incitativas para la organización de programas y propuestas, para ayudar a la institución familiar a nivel mundial.²⁹⁷

Igualmente la proliferación de convenciones y tratados, agrandarán la concientización de los países, hasta el punto de crear normas comunes para proteger a la familia. Estas normas, deberán cobrar objetividad y respeto, para que su cumplimiento sea efectivo y no deje lugar a dudas en su aplicación, ni en la voluntad de los Estados para ponerlas en vigencia.

En tal circunstancia, y con la inclusión de las normas de Derecho Familiar internacional en las legislaciones familiares locales, surgirá como consecuencia lógica, una autoridad internacional, que vigile el cumplimiento de los compromisos adquiridos y señale las directrices a seguir por los países, para que el problema de una familia se vea como un problema de todos, y todos nos intereseamos en resolverlo. El principio de solidaridad, debe existir entre todos los habitantes del planeta, solo las normas internacionales nos darán la dimensión que necesitamos para solucionar los retos emergentes de la familia, y así vivir realmente en un mundo mejor.

²⁹⁷ The Family: Global Family Project, No 1, 1993. Bulletin on the International year of the family, O.N.U. pp. 1-2

IV. PROPUESTAS GENERALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS MINIMAS QUE RIJAN LAS RELACIONES FAMILIARES

Debemos tener siempre en mente como primera intención, cuando hablamos de derecho, la protección a la familia. Siempre que veamos al hombre como el centro de la vida natural, y como el punto principal de la sociedad, tendremos que afinar nuestros objetivos y encaminarlos al fomento del cuidado a la institución que permite, en su seno, el desarrollo del hombre como especie.

No nos podemos dar el lujo, hoy día, de ver como las distintas crisis, económicas, políticas y jurídicas, siguen minando la estructura familiar, sin siquiera tener un recurso al cual acceder para tratar de detener los efectos, que sin control, van destruyendo a la familia. Los Estados son el conducto mas viable para lograr, la adopción en sus legislaciones, de las normas adecuadas a la protección de la familia, y al fomento de su desarrollo.

Esta labor, no debe, dejarse a la buena voluntad de las partes. Está visto que en el ámbito Internacional, no siempre se cumple con lo pactado, por lo que la obligatoriedad del Derecho Familiar Internacional , debe ser imperante en todo momento y en todo lugar, por medio de la acción de los organismo judiciales correspondientes de cualquier país y, en su defecto por mandato de un Tribunal Internacional -especializado en la materia-, que la haga positivo y observado.

Derecho Familiar Internacional

Esto se puede lograr, viendo a la familia como una institución con modalidades y caracteres propios, que se origina principalmente en el matrimonio, aunque no excluye otras formas de constitución de la misma. Poseen caracteres de singularidad, pero en todo caso, es necesario uniformar su nomenclatura, sometiéndolas a una regulación jurídica especial sin descuidar los efectos en la realidad de cada país o, en cada sociedad, tales como el homosexualismo o las uniones atípicas; siempre con una normatividad perfectamente tipificada en el interior como en el exterior, fortaleciéndola con los mecanismos más adecuados.

El Derecho Familiar, debe tener objetivos claros, fines que le permitan presentar un frente de lucha actual, para resolver los problemas emergentes a que hoy se presenta (como los que comentamos en el capítulo primero), y para poder tener, dentro de sí, políticas de seguridad social que den la capacidad que hasta hoy han tenido.

Esta capacidad se expresa con la complementariedad que la familia ha jugado, como medio eficaz para el desempeño de la seguridad social, ya que el Estado y el mercado son insuficientes en el cumplimiento de tal función; sin embargo, los cambios demográficos han afectado marcadamente la prestación de servicios de seguridad social, y muchos de los sistemas informales como la familia, han resultado muy afectados por los cambios sociales recientes.

Los programas oficiales de seguridad social, tanto públicos como privados, también han resultado afectados seriamente. Los mecanismos proporcionados por el mercado por otras formas de asociación no se han de-

Derecho Familiar Internacional

sarrollado suficientemente y, como resultado, se ha producido una seria deficiencia en la prestación de servicios sociales, consecuentando el aumento de la pobreza y el desamparo.

Se necesitan enfoques innovadores, en estas normas mínimas que estamos proponiendo, que contengan instituciones como cooperativas de crédito y ahorro, pues en muchas ocasiones la familia se queda al margen de la economía estructurada. Estamos aún a tiempo para ampliar la seguridad social formal, dado que en la mayoría de los países, solo un número muy reducido tienen acceso a pensiones de jubilación o, en un número menor, a la compensación a la familia^{*}.

En los países industrializados, la alternativa para acceder los programas de seguridad social, parece ser una vida laboral más prolongada o un nivel de vida más bajo de lo acostumbrado, o de lo esperado. Será necesario adoptar políticas difíciles, para quitar estos parches a los programas, y lograr que estos cumplan con sus objetivos sin utilizar componendas, y que lleguen a los que realmente los necesitan.

En Europa Oriental y Central, las perturbaciones económicas y sociales han tenido consecuencias sumamente graves para amplios segmentos de la población, en particular de edad. La reconstrucción del sistema de seguridad social será difícil, pero esencial para resolver graves problemas. Lejos de construir una carga las medidas eficaces de seguridad social proporcionan un medio importante de lograr la estabilidad social que esos

* Cantidad que se les da a las familias en algunos países, como en Europa Occidental y Oriental, para ayudarla en sus gastos de manutención.

Derecho Familiar Internacional

países necesitan para su reconstrucción económica ²⁹⁸. De otra forma, el envejecimiento prematuro de sus sistemas benefactores, no podrá ser cambiado por procesos actuales, pero más importante, posibles que les permitan brindar la seguridad que la institución necesita para afrontar las nuevas condiciones que se presentan.

La seguridad social, debe estar contenida en las políticas de Derecho Familiar, el Estado debe cuidar éstas como las directrices que aseguren la protección de la familia, frente a los riesgos demoledores e intempestivos, que la destruyen día a día. La seguridad social, al ser realizable, no dejará de lado, las particularidades de las distintas sociedades, pero sí debe incluir medidas de cooperación entre los países, que permitan envolver con una capa protectora a la familia, sobre todo en los Estados donde esta es más vulnerable por las condiciones sociales y económicas, que impiden la instrumentación de programas adecuados.

Las normas que proponemos, deben de tener como destinataria a la familia, no a las personas; por lo que es imprescindible dotar a la familia, de personalidad jurídica propia. De no entender esta necesidad, los programas de ayuda, se verán frustrados frente a la individualización de la sociedad, y no fomentarían la familiarización de la misma; problema que enfrentan hoy en día los países europeos, donde los programas de este tipo ha disminuido el número de familias, y se encuentran en una disminución en los índices demográficos.

²⁹⁸ Las Tendencias Demográficas y la Familia. Ob cit. p. 3

Derecho Familiar Internacional

Para brindar un apoyo eficaz a las familias, los gobiernos, al formular las políticas sociales, deberían tener en cuenta los múltiples cambios en la formación, la estructura y las funciones de la familia. Entre otras cosas, proponemos, deberían :

- Prestar cuidadosamente atención al logro de una mayor coordinación entre las políticas demográficas y las políticas sociales;
- Prever, en la planificación a largo plazo, las necesidades cambiantes de los jóvenes, las personas de edad y las poblaciones en edad de trabajar, a fin de asegurar que se dispongan de recursos adecuados cuando y donde se quiera;
- Practicar la "igualdad integracional", asignar los recursos públicos y privados, con una combinación apropiada de programas de apoyo estatales, comunitarios y familiares en favor de las diferentes generaciones²⁹⁹. Enfilando así, el acopio de recursos, hacia un mismo fin, sin hacer sectarismos que propicien la polarización de la sociedad entre viejos y jóvenes.

En lo que refiere a medidas sobre la adopción, es recomendable, que los Estados adopten, políticas sociales de protección hacia los menores; que se ocupen mas de programas de adaptación de los niños sin familia, para que la adopción sea un buen medio de incorporación definitiva de los desprotegidos a la familia, a fin de fomentar el cuidado y educación por parte de esta institución, la cual no puede ser sustituida por ninguna otra; ya

²⁹⁹Loc cit.

Derecho Familiar Internacional

que la mejor manera de asegurar el bienestar del niño es asegurando el bienestar de la familia.

Si vinculamos esta idea, con el propósito fundamental de la adopción, que es el de proporcionar una familia permanente al niño que no pueda recibir cuidados de su familia biológica, entenderemos que una actividad importantísima, del Estado, es cuidar que los procedimientos de adopción deben ser los suficientemente flexibles para satisfacer las necesidades del niño en diversas situaciones; al mismo tiempo estas deben de ser los suficientemente rígidas para no permitir, que se vulnere la dignidad y la integridad de los menores.

Basta recordar el principio sexto de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, el cual enfatiza que el niño debe crecer y desarrollarse bajo la responsabilidad de sus padres y siempre en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Por lo que el Estado y la comunidad tienen la obligación de arbitrar las medidas necesarias para que el niño privado de familia disfrute de un ambiente familiar a través de un hogar sustituto, y en la imposibilidad de cumplir con esta responsabilidad, no es aventurado afirmar que esta obligación, en última instancia debe ser satisfecha por la comunidad internacional.³⁰⁰

De igual manera, no obstante la existencia de un mecanismo internacional, debe buscarse el mejor hábitat para los niños dentro de sus propios países, cuidando siempre el cumplimiento de las garantías básicas, por lo

³⁰⁰ CALVENTO SOLARI, UBALDINO. Documentos Internacionales Sobre Adopción de Niños en los Planos Internos e Internacionales. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia. Año VI, nº 22. San José, Costa Rica. Junio 1982. p. 133

Derecho Familiar Internacional

que la adopción internacional sea vista como un medio excepcional y no habitual; los Estados con intención de comprometerse, deben aceptar la adopción plena en sus legislaciones locales, y las personas que estén dando su consentimiento para la adopción, lo hagan previa instrucción y con total libertad en su decisión.

Tomando en cuenta que la adopción internacional o entre países presenta aspectos importantes y que se ubican en planos distintos; unos en un plano jurídico y otros que son de tipo socio cultural³⁰¹, y quizás en estos últimos es donde se tiene que tener mayor cuidado, por ser mas importantes que los primeros. Sin olvidarnos de la colisión entre leyes que se da cuando se presentan este tipo de adopciones.

Deben de ser tomados en cuenta , en una primera instancia, la competencia de las autoridades judiciales del Estado de la residencia del niño, pero éstas siguiendo siempre las normas formales y de cooperación internacional, existentes entre los Estados; las adopciones internacionales, en su caso, se canalizaran por las autoridades locales de los Estados de origen del niño y, en un segundo nivel, las del Estado que acoge.

Cada Estado debe crear una dependencia encargada de: llevar a cabo la verificación de documentos relativos a la adopción, promover la organización de servicios para la información de los niños y de la legislación; verificar el cumplimiento de las garantías básicas para proceder en la adopción; así como, verificar la vigencia y positividad, de las normas internacionales que adopte cada Estado.

³⁰¹CALVENTO SOLARI, UBALDINO. Ob cit. p. 134

Derecho Familiar Internacional

Deben cuidar, de igual forma, de la protección diplomática y consular a sus nacionales, cuando estos hayan sido objeto de un proceso irregular y vejatorio de sus garantías y derechos. Los órganos de representación estatal fuera del país (embajadas y consulados), deben cuidar la existencia y buen funcionamiento en el país de acogida, de medios informativos idóneos y legales, que permitan el conocimiento de los menores y de los requisitos necesarios para efectuar la adopción en el país del niño. Evitando con esto la existencia de agencias que realizan esta labor, denigrando la dignidad del menor y de la humanidad misma, con prohibición de intensiones lucrativas para efectuar esta labor.

Finalmente, para evitar que la desintegración familiar por causas de pobreza, siga siendo tan lacerante, se debe tipificar el tráfico de niños como delito internacional en todos los Estados, facilitando entre éstos la cooperación para que se evite el problema y no siga siendo recurso de unos, y perjuicio de otros, reflejado en un moderno mercado de personas. Por lo que se debe asegurar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado.

En lo que respecta a las medidas que se deben tomar, para combatir la violencia intrafamiliar, no podemos dejar de lado, que éste es un problema interdisciplinario, y como tal se tiene que resolver. Parte de los maltratos domésticos, que se pueden convertir en acciones u omisiones que infringen sustrimiento físico, psicológico, sexual y moral, a los miembros que conforman el grupo familiar, lo que contribuye una violación a los derechos

Derecho Familiar Internacional

humanos ³⁰². El ser tratados como delitos, estos actos disminuirán, y se dará acogida a los hijos, al desarrollarse en un ambiente cordial.

En el VII Congreso de Derecho Familiar, se propuso al respecto³⁰³ :

1. Ante la problemática de la violencia intrafamiliar es necesario instar a las Naciones Unidas y demás organismos internacionales para la creación de un instrumento internacional específico que trate de erradicar la violencia intrafamiliar.

2. Crear trabajos de grupo en los países para tratar de evitar violencia intrafamiliar, consistente en los siguiente:
 - Ayudar a la persona maltratada.
 - Capacitación de la policía y de los órganos competentes tales como administrativos y judiciales.
 - Elevar a la categoría de delito la violencia intrafamiliar en las legislaciones en donde se encuentran.
 - Lograr la participación de la población en general en las responsabilidades y beneficios del desarrollo, prioritariamente de las mujeres que son jefes de familia, así mismo promover la igualdad de hombres y mujeres en el campo jurídico, esencialmente en el Derecho Familiar.
 - Promover programas de orientación y educación familiar, utilizando los medios de comunicación social.

³⁰² Conclusiones, Proposiciones, Recomendaciones y Resoluciones del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, Septiembre de 1992. Ob cit. p. 770

³⁰³ Ob cit. pp. 771-772

Derecho Familiar Internacional

- Sensibilizar a la población por medio de los instrumentos de la cultura para identificar y censurar la violencia intra-familiar.
- 3. Dar a conocer el anteproyecto recomendado para la elaboración de una convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer a fin de que sea revisado y sometido a consulta para su debate y aprobación en la O.E.A.
- 4. Que se reconozca como sujetos fundamentales de maltrato a las mujeres, niños y niñas, discapacitados, ancianos y ancianas, por lo que los gobiernos deben fomentar la creación de organismos e instrumentos jurídicos sociales para la prevención, atención y sanción de la violencia intrafamiliar.
- 5. Dar a conocer en un vocabulario accesible a todos los sectores, las leyes vigentes al respecto, incluyendo los tratados y convenios internacionales ratificados por el país.
- 6. Promover la elaboración y ratificación de convenios internacionales que eleven la violencia intrafamiliar a la categoría de violación a los derechos humanos.
- 7. Solicitar se promuevan leyes en cada país que den un tratamiento especial e integral a la problemática de la violencia intrafamiliar.

Al respecto bastaría agregar, la importancia de una declaración en las naciones unidas, no solo en la O.E.A.; por otro lado también hay que tomar

Derecho Familiar Internacional

en cuenta los maltratos ocasionados por las familias de refugiados, y de inmigrantes ilegales en los países desarrollados, casos que aumentan día a día, y que representan una violación muy grande a los derechos fundamentales del hombre. Ahora bien, se debe proponer también que: primeramente en la O.N.U., y luego en las legislaciones locales, se eleve a derechos humanos la integridad y el bienestar familiar, sino como se le quiere agrupar dentro de las violaciones como tal.

Este punto tiene que ser tomado en cuenta, la armonía familiar no depende de la cultura, ni de la religión. La violencia en la institución se tiene que erradicar por completo.

En cuanto al Derecho Procesal Familiar, se insisten en la existencia de tribunales especializados, tanto local como internacionalmente. Esto fortalecido con la formación, en las escuelas y universidades, de profesionistas capacitados suficientemente para afrontar la materia familiar, formación que tendrá como consecuencia un sistema judicial nutrido con especialistas en la rama.

En general, el proceso familiar, exige el cumplimiento efectivo de intermediación procesal, a través de audiencias orales generalmente privadas con una pronta solución de los litigios; flexibilizando las normas de rigor como la preclusión, el ofrecimiento de pruebas como la testimonial.³⁰⁴

Además establecer procedimientos colaterales, que en ocasiones son mas eficaces que los estrictamente formales, reforzando la conciliación

³⁰⁴ Ibidem. pp. 779-781

Derecho Familiar Internacional

como medida de solución mas sana entre las partes. Sin olvidar la normatividad internacional, en el caso de que se trate de personas de distinta nacionalidad, o en caso de que algún nacional quiera acceder a una instancia mayor, que esté siendo violada por la autoridad competente, en una última instancia procedimental.

Para juntar nuestras ideas, no hay mejor conclusión, que transcribir la Declaración Universal de los Derecho de la Familia, dada y aprobada en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, El Salvador, en septiembre de 1992 :

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento y respeto de la dignidad intrínseca de la familia como célula básica de la sociedad y de cada uno de sus miembros en lo individual, en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia, y

convencidos de que en la familia este el futuro de la humanidad y que todo aquello que la fortalece, da estabilidad y fortaleza a la sociedad, reconociendo además la importancia de la cooperación internacional para su desarrollo integral, se proclama la Presente:”

“Declaración Universal de los Derechos de Familia”

1. “Derecho de familia: Todos los individuos tienen derecho a constituir una familia y a formar parte de ella, sin restricción alguna.”

Derecho Familiar Internacional

2. "No discriminación: Los Estados se obligan a tomar todas las medidas para evitar que la familia sea objeto de discriminación."
3. "Protección a la familia: Los Estados se obligan a garantizar la integración, estabilidad y desarrollo de familia con cédula fundamental de la sociedad; asegurando el derecho a la alimentación, vivienda, educación y bienestar social en general."
4. "Derecho Familiares: Los Estados se obligan a garantizar y respetar los derechos de la familia, tales como la intimidad, libertad y honor familiar."
5. "Garantía contra la violencia: Los Estados se obliga a establecer y aplicar las medidas tendientes a proteger a la familia contra todo tipo de violencia."
6. "Derechos sociales de la familia: Toda familia tiene derecho a una existencia digna y decorosa; en consecuencia, los Estados garantizarán un ingreso familiar suficiente, habitación, educación y todo aquello que propicie su desarrollo social, bienestar e integración."
7. "Medidas contra la disgregación familiar: los Estados se obligan a garantizar que ningún miembro de la familia sea separado arbitrariamente de ella; asimismo, garantizarán la legal y ágil tramitación de las peticiones para entrar o salir de sus territorios, con el fin de propiciar la reunión familiar."

Derecho Familiar Internacional

8. "Principios rectores: La unidad familiar, la igualdad jurídica del hombre y la mujer; la igualdad jurídica de los hijos y la protección de los menores y demás incapaces, son los principios rectores de esta declaración."
9. "Irrenunciabilidad de los derechos: Los derechos de la familia son irrenunciables, intransmisibles, inalienables e imprescriptibles."
10. "Procedimientos familiares: Todos los procedimientos familiares deben ser resueltos conforme al Derecho Familiar moderno, a efecto de garantizar la justicia familiar."
11. "Efectividad de los derechos: Los Estados se obligan a establecer y cumplir todas las medidas que otorguen eficacia plena a los derechos previstos en esta Declaración."
12. "Difusión y Educación: Los Estados que suscriben esta declaración se obligan a promover su difusión; adecuar su legislación a los principios y derechos en ella contenidos; crear las instituciones necesarias para desarrollar las políticas de protección y desarrollo familiar y realizar todas las acciones tendientes a la protección integral de la familia."³⁰⁵

Todos los principios contenidos en esta Declaración, junto con las ideas que expresamos antes, con algunas propuestas para su solución, en la instauración de normas mínimas, se ven redondeadas con la institución de un

³⁰⁵ibidem, pp. 784-785

Derecho Familiar Internacional

Tribunal supranacional, que conozcan de los asuntos en materia familiar, sino existe tal, se corre el riesgo de que todo se quede en buenas intenciones.

V. SUGERENCIAS PARA LA INSTITUCION DE UN SUPREMO TRIBUNAL INTERNACIONAL QUE CONOZCA DE LOS ASUNTOS FAMILIARES

En el desarrollo de toda esta investigación, nos hemos percatado de la gran cantidad de instrumentos internacionales en Derecho Familiar, que gozan de vigencia en el contexto Internacional. Sin embargo, como suele suceder en todos los tipos de derecho internacional, la observación a la norma se hace muy difícil, dado que no cuentan con los recursos coactivos para hacerse cumplir.

En este orden de ideas, es necesario, establecer un órgano superior, que se encargue de la entrada en vigor de los convenios internacionales, en las legislaciones familiares locales de los países que las adhieran. Así como promover el desarrollo de políticas internacionales adecuadas, para que se coopere en programas de protección familiar, y de concientización sobre la importancia de la materia.

Es tiempo ya, y lo ha sido desde siempre, aceptar la transnacionalidad de la familia, de sus problemas y, la de los efectos que tienen los problemas familiares sobre la sociedad. Debe existir la voluntad de la Comunidad internacional, para crear un organismo con la fuerza necesaria, para

Derecho Familiar Internacional

hacer valer sus decisiones y marcar las directrices que se deben seguir de manera general.

Por supuesto que este Tribunal, marcaría lineamientos generales, mínimos, para que partiendo de estos, cada Estado pueda añadir sus características particulares que le permitan hacer valer las normas con vigor y convicción de la sociedad en particular.

Nosotros proponemos para el establecimiento de un organismo de tal magnitud, el esquema que tiene el Tribunal Europeo de Justicia, con la diferencia que este entiende de asuntos de varias materias, y desempeña las funciones de vigilancia e interpretación de tratados, dentro de la Unión Europea. En otro contexto, el que pensamos, atendería solo asuntos familiares, con aptitud de vigilancia en la aplicación de los tratados, pero no de interpretación de los mismos.

El Tribunal sería competente, para forzar a un Estado, a poner en vigencia alguna norma a la que este se hubiera comprometido, lo cual puede ser solicitado por una dependencia del mismo tribunal que se encargare de vigilar el vigor de las normas, o bien por un particular que se vea afectado porque el Estado, por medio de su sistema judicial, no haya aplicado la norma estipulada.

La aplicación del Derecho Familiar Internacional debe ser de manera directa, con una concepción monista internacionalista, que se acoja al principio consagrado en la Convención de los Tratados de Viena, que en su artículo 26, dice: "Los principios del derecho internacional obligan a los

Derecho Familiar Internacional

Estados a respetar los tratados que los vinculan y, sobre todo, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, so pena de comprometerse, eventualmente ante el juez internacional, con respecto a Estados hacia los cuales está obligado".

Pero una falla importante del Derecho Internacional, es la no regulación por él mismo, de las condiciones en las cuales las normas contenidas en los tratados deben integrarse en el ordenamiento jurídico de los Estados, para ser aplicados allí por sus órganos y jurisdicciones; deja esa materia en manos de cada Estado para que efectúen, soberanamente, la relación entre los ámbitos locales y los internacionales.

El Derecho Familiar Internacional, no puede correr el riesgo de la actitud soberana, sobre todo con los conceptos políticos tan dinámicos y volátiles, que está a merced de las administraciones locales; por lo que este derecho debe ser imperante, sin rebusques emocionales, y con preponderancia Internacional, que reflejará el principio familiar, sobre el precepto local y su obsolescencia. La aplicación directa, en consecuencia, debe hacerse sin transformación en el ordenamiento interno, gozando de pleno derecho e imponiendo su respeto en los Estados miembros.

Este enfoque monista, de la Unión Europea, se consagra en el artículo 189 del Tratado constitutivo de la misma, el cual enuncia: "el reglamento es directamente aplicable en cada Estado miembro"; igualmente el artículo 177 dispone : "la institución del procedimiento de las cuestiones prejudiciales, que permite a las jurisdicciones nacionales remitir al tribunal de justicia la interpretación o la apreciación de la validez del

Derecho Familiar Internacional

derecho comunitario, presupone evidentemente, que ésta puede ser aplicable por las jurisdicciones internas".³⁰⁶

Las anteriores disposiciones son aplicables a las normas del Derecho Familiar, para que cobren la fuerza que requiere su integración jurídica. Por lo que sus normas tienen que ser integradas de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción; además deben estar integradas dentro del derecho interno, con su calidad de normas de Derecho Familiar Internacional; estos dos principios, traerán como consecuencia, la obligación de parte de los jueces nacionales, de aplicar éstas normas.

Sabemos que los conflictos entre los ordenamientos internos e internacionales, serán difíciles de librar, pero es necesario que las normas que se adoptan por consenso a nivel internacional, con principios generales, puedan ser respetadas por los estados e incluidas directamente, para que su reglamento interno, las adapte a su particularidad.

La primacía es una condición existencial del Derecho Familiar Internacional, el que no podría existir, en tanto no se doblegue ante el derecho interno de los Estados, sin la cual no habrá uniformidad en la resolución de los problemas comunes, con normas comunes. Esta primacía la cobra en virtud de su propia naturaleza, basada en la naturaleza intrínseca de los tratados y de la familia misma. Otro punto importante es considerar que el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional prevalece ante los

³⁰⁶ISAAC, GUY. Manual de Derecho Comunitario General. Edit. Ariel. 2ª ed. Barcelona, España. 1991.p. 159

Derecho Familiar Internacional

ordenamientos nacionales, pues la primacía beneficia a todos y no solo a un Estado, beneficia a la familia y no a los Estados.³⁰⁷

En consecuencia, la supremacía del Derecho Familiar Internacional, sería la aplicación directa, con rango de prioridad, pudiendo ser aplicada desde su entrada en vigor, a pesar de la eventual preexistencia de una ley nacional incompatible. Es en este punto donde sobresale la importancia del Tribunal, el cual se encargaría del cuidado de la norma, y en caso de la preexistencia de la que hablábamos, deberá declarar esa ley nacional inaplicable.

El Tribunal Europeo tiene el acierto de ver las normas que aplica como, producto de la justicia internacional, esencialmente voluntarias y consentidas; se ve al juez internacional, como nacional, pues éste goza de libertad para elegir las fuentes jurídicas sobre las que basa su interpretación de los textos, incluso en Derecho nacional de los Estados miembros; el Tribunal en cuestión, juzga las controversias que tiene los particulares, personas físicas y jurídicas, con las instituciones, y éstas tienen un acceso directo al mismo, con una justicia comunitaria abierta para todos, dándole personalidad jurídica al individuo en el nivel internacional que antes no tenía; de igual manera las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, no solo tienen fuerza obligatoria, sino también fuerza ejecutiva en los territorios de los Estados miembros, las que se ejecutan por medio de las autoridades nacionales.³⁰⁸

³⁰⁷ISAAC, GUY. Ob cit. pp. 175-176

³⁰⁸ibidem. pp. 217-218

Derecho Familiar Internacional

Todos estos preceptos, pensamos que deben ser homologables por el tribunal que conozca de los asuntos familiares. Si es posible que funcione con competencia mayor en Europa, puede funcionar en el mundo sobre las normas de Derecho Familiar.

Otros conceptos interesantes, que deben ser tomados en cuenta para la institución de nuestro tribunal, son las justicias a las que se aboca. Tienen una función de justicia constitucional, es decir, las jurisdicciones internas deben tener en cuenta las resoluciones comunitarias, para no contravenir las. Goza de una función de justicia internacional, al imponer a los Estados miembros, obligaciones derivadas de los tratados y los medios para hacerlos respetar. Y también habla, de una función de justicia reguladora, pues no coarta a las jurisdicciones nacionales para que también se expresen.³⁰⁹

Así, todos estos principios se encaminan a la existencia de un auténtico poder judicial supranacional. Este sistema tiene un valor especial por el hecho de que no es ni un simple órgano judicial (como el de la Haya), ni siquiera una autoridad judicial (como el que establece la Constitución francesa), sino que presenta un auténtico poder judicial comunitario; incluso algunos lo consideran como un gobierno de jueces, aunque es un defecto en que debe evitar caer.

El Tribunal Familiar Superior de Justicia, gozará de los medios necesarios para considerarse, al igual que el europeo, de una autonomía real, que le puede hacer valer sus decisiones ante los Estados, como decisiones de

³⁰⁹ *Ibidem.* pp. 219-220

Derecho Familiar Internacional

última instancia, sin haber autoridad superior a él en asuntos familiares. Será el encargado de vigilar el respeto del derecho en la aplicación de los tratados y, contribuir a la de asegurar la realización de las funciones asignadas a la familia como institución transnacional.

Debemos preocuparnos por la relación orgánica que se establezca entre el Tribunal Familiar y las jurisdicciones nacionales con vistas a una aplicación armoniosa y a un desarrollo coherente del Derecho Familiar Internacional; por ello el sistema de judicial internacional de la familia, engloba también a las jurisdicciones de los Estados miembros, a través de la aplicación de las medidas internacionales por éstos, para que se integre el sistema internacional de la mejor manera.

Siguiendo la estructura del Tribunal europeo, proponemos una composición similar. El número de jueces estará determinado por la cantidad de países que se adhieran al estatuto de creación, esto para que haya al menos un juez particularmente familiarizado con el sistema jurídico de cada Estado miembro; habiendo un número par de integrantes, se escogerá a un segundo representante de algún país parte. Estos jueces, serán propuestos por los Estados, deberán ofrecer todas las garantías de independencia que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones judiciales; además de ser aprobados por un consejo de abogados generales.

Los abogados generales tendrán la facultad de asistir a los jueces en el cumplimiento de su misión, con continuidad y plena independencia. Estos serán nombrados a propuesta de las barras de abogados de los Estados

Derecho Familiar Internacional

Parte del Tratado, en un número no mayor a dos por país. Ambos, los abogados y jueces, gozarán de las inmunidades diplomáticas para garantizar el buen desempeño de su función.

Los jueces elegirán de entre ellos a un Presidente y a un Secretario. El primero para efectuar los asuntos formales, y el segundo para organizar las cuestiones de información y publicación de las resoluciones y jurisprudencia que emita el Tribunal Familiar.

El Tribunal se reúne en sesión plenaria, aunque no se niega la existencia de las salas y comisiones para dar celeridad a los procesos, pero la reunión del pleno aprueba todos los dictámenes, a falta de consenso el Tribunal adopta posición por votación mayoritaria, y no hay grados de aplicación, es decir, las decisiones del Tribunal serán colectivas y le comprometen en su totalidad.

La representación de las partes será como sigue: Las Instituciones Gubernamentales y los Estados miembros, estarán representados por agentes diplomáticos; en cuanto a las personas jurídicas colectivas, lo estarán por su apoderado legal, que además de ser abogado, esté inscrito en la oficina del Tribunal, en contacto con alguna barra de abogados del país de origen, mismo caso que la representación de una persona física jurídica.

Estas disposiciones pretenden dar algunas ideas, para el establecimiento de un Tribunal Familiar Superior de Justicia. El ejemplo que hemos utilizado, es un órgano judicial internacional existente, lo que nos marca la pauta de que esta expectativa, puede ser realizable. Mas aun, la

Derecho Familiar Internacional

importancia de la familia, requiere la voluntad de los Estados para llevar a cabo acciones como ésta, y poder plasmar con hechos, las expresiones e iniciativas que se dan en Congresos, Convenciones, Tratados, etc. Tenemos que dejar de hablar y empezar a actuar, la familia lo exige.

CONCLUSIONES:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, ésta es una consecuencia de aquella; siempre la agrupación de individuos, se ha dado en base a la familia.
2. La familia, como unidad económica, es el fundamento de la economía mundial. Es la empresa creadora de recursos, mas importante para el hombre y productiva para la sociedad. Es el remedio para estimular la estabilidad económica en el mundo, y coadyuvar a resolver el desempleo, por medio de la creación de microempresas.
3. La mujer desempeña un papel importante en la economía familiar. Siete de cada diez pequeños empresarios, son mujeres y en uno de cada tres hogares, son cabeza de familia. Su labor en el hogar, debe considerarse como imprescindible e invaluable.
4. Es necesario incluir una definición clara de familia en la legislación actual. El concepto de familia del Código Familiar de Hidalgo, debe ser tomado en cuenta para tal efecto. La familia es una institución social, natural y permanente, compuesta por

Derecho Familiar Internacional

un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad.

5. Se debe dotar de personalidad jurídica a la familia para tener organicidad y vida propia dentro de la ley. El tratamiento dado en las legislaciones, no ha respondido a una realidad, debiéndose revisar el aspecto de las capitulaciones matrimoniales y de sociedad. Debe obligarse al Estado a reconocer la personalidad jurídica. El reconocimiento, no como un atributo del cuerpo administrativo, sino como derecho inalienable de la familia.

6. La intervención del Estado en la labor de concientización e identificación familiar, no ha sido bien conducida y esto ha contribuido a debilitarla. La familia ha perdido muchas de sus funciones, frente a una serie de instituciones impersonales, por lo que el poder del Estado ha minado la agrupación de la familia.. La familia como célula social, no puede ser sustituida por éste, siendo necesario combatir la estatización de la institución familiar.

7. La Comunidad Internacional, tiene que tomar un punto de observación. la sociabilidad de la institución y no solo una

postura Occidental en los cuadros reguladores, antes de caer en conflictos de diversidad legislativa.

8. El proceso de evolución familiar ha sido rectilíneo, de modo que, en todas partes, cada una de sus etapas debe ser seguida por la inmediata, hasta que la serie entera quede completa. Solo existe un orden único e irreversible en el desarrollo de la familia: promiscuidad, poliandria, poligamia y, finalmente, monogamia; la cual constituye el grado supremo en la escala de su evolución.

La diversidad en los tipos de familia que revisamos, no niega la existencia de la misma, la reafirma, y ha adoptado formas diversas. Alrededor del mundo, presentan muchas características regionales, incluso endémicas; pero la constante es la familia "per se", con la diversidad como una de sus principales calificaciones; en base a esto se debe de pensar en la unificación de normas que den integridad a la familia a nivel mundial y sirvan de sustento para que cumpla sus funciones.

9. A pesar de los profundos cambios de la estructura familiar -síntomas de declive-, también se puede decir que, a pesar de todas las presiones y dificultades que ha enfrentado, ha dado muestra de una excepcional vitalidad y flexibilidad. No sólo no

Derecho Familiar Internacional

desaparecen los valores de la familia, sino que están surgiendo nuevas formas de vida familiar para enfrentar a los problemas del mundo moderno y establecer modos más eficaces para equilibrar los derechos individuales y las obligaciones sociales.

10. La familia no se creó para encajarla en el Estado. No sugieron las normas para surtir consecuencias y formar las relaciones familiares; la familia no es accidente de la existencia humana, nace con la vida y es el punto de toda evolución social e individual. La familia existió antes que el Estado, cuando se empieza a gestar esta idea como tal, se debe considerar a las relaciones entre Estados como existentes, y ahí está el principio del Derecho Familiar Internacional

11. Como la familia, el Derecho Familiar Internacional ha estado presente en todo momento de la historia del hombre. Los primeros vestigios claros de su evolución, los encontramos cuando un conjunto de personas organizan su vida en común, según reglas concretas. La idea central se sitúa en las nociones de la *polis*, y se estructura en torno al tríptico libertad, religión y derecho.

Derecho Familiar Internacional

12. La extranjería es una actividad que entra bajo la tutela del Derecho Familiar Internacional, por lo que desde que esta se presenta como tal en Grecia, podemos hablar de un antecedente claro de esta rama jurídica. En Roma la familia constituía el elemento político más poderoso y único de la sociedad. Tendrá como efecto una lucha en los tiempos antiguos entre la familia, la sociedad (ciudad) y el individuo.

El *ius gentium*, por sus características, se perfila como lo más cercano a la normatividad dirigida a todos los seres animados, de donde resulta por ejemplo la unión de sexos, la procreación y a la educación de los hijos, temas relativos al Derecho Familiar.

13. En Francia, durante su revolución, se le quitó al matrimonio su carácter religioso y se le dió el concepto de contrato, como una simple manifestación del consentimiento lo que propiciará más tarde la aparición del divorcio; éste y la desaparición del carácter sacramental del matrimonio, son dos grietas negativas que impiden la sólida consolidación del Derecho familiar en el siglo XIX.

14. A principios de este siglo observamos el avance que tuvo la entonces Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas en Derecho Familiar, y su influencia permitió que el movimiento

Derecho Familiar Internacional

de defensa del Derecho Familiar, no quedará circunscrito a una frontera determinada, sino que la trascendiera y lograra consolidar una verdadera corriente Internacional.

15. Hay un despegue vertiginoso del Derecho Familiar Internacional, en el establecimiento de Organismos Internacionales. Los instrumentos internacionales fueron evolucionando, estableciendo al mismo tiempo un equilibrio entre la promoción de los derechos humanos y la protección de la familia como institución.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos , El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son algunos de los pilares fundamentales del Derecho Familiar Internacional.

Estos documentos reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

16. Los tribunales internacionales, conocen casos al respecto. Las normas han sido rebasadas para acoger los principios que las Convenciones Internacionales consagran y, por ende, vendrá un giro en la representatividad de los actores en el campo de las relaciones internacionales.

Derecho Familiar Internacional

Países de la Unión Europea y América Latina, aplican en forma múltiple, órdenes judiciales emanadas de un Estado a otro, para establecer objetividad y seguridad en los casos de secuestros y ejecución de deudas, por alimentos.

17. La historia de la ley familiar Anglo-americana describe la concepción familiar del desarrollo legal. El período primario de la historia americana, la trata como una era dominada por el macho, quién subordinaba a la mujer y reforzaba la colectividad, en lugar de la autonomía individual. Hoy, se desafían las premisas de esta historia, que se opone al concepto de dominación, subordinación, colectividad y autonomía.

18. La legislación familiar en México, tiene tales rezagos, que en muchos de los instrumentos internacionales, se han asumido disposiciones vanguardistas y necesarias en la actualidad, que por desidia no se han incluido en la legislación respectiva. Realidades como el Código Familiar del estado de Hidalgo, y el de Zacatecas, son intentos que no se pueden dejar aislados; deben ser observados como modelo, para reformar nuestra legislación familiar.

19. La familia es un bien común, de pretensiones generales, que rebasa al Estado y se enroca en los niveles más altos de preva-

Derecho Familiar Internacional

lencia moral y jurídica. El Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de un familia, sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.

La definición anterior ser entenderse en toda su extensión, al incluir relaciones internas y externas, ubicandola en un nivel supranacional.

20.El Derecho Familiar Internacional, es un conjunto de disposiciones jurídicas, adoptadas por los Estados, que rigen regir los principios generales y señalen las directrices de las relaciones familiares, de la misma manera, donde éstas se den; procurando el bienestar de la familia como Institución y no al individuo, como parte de un Estado.

Las disposiciones sean adoptadas por los Estados, deben tener un carácter supranacional, con principios generales que marquen los requisitos mínimos que las normas locales deben adoptar para no desconocer las necesidades particulares de cada región.

21.El Derecho familiar Internacional, a diferencia de los otros dos derechos internacionales -Público y Privado-, tiene un alcance supranacional; con un fin interno, consistente en la regulación de las relaciones familiares. De igual forma se dirige a los

Derecho Familiar Internacional

individuos como receptores primarios de sus preceptos, y los Estados como los receptores secundarios. Este Derecho ha seguido dos vertientes: en la primera están, las normas pragmáticas, las cuales constituyen un mandato para el legislador interno para adecuar sus leyes internas a las reglas o principios del convenio internacional; la segunda incluye las que no están subordinadas a lo ordenado por el derecho interno.

22. Urgen las acciones legislativa, y ejecutiva, en una para la reforma del Derecho Familiar; y darle una mayor validez y eficacia.

23. Es más sencillo para los países, agruparse en organizaciones regionales. Para América Latina, armonizarse dentro de la O.E.A., ha sido y es, de gran ayuda; debido a que las fuentes, orígenes normativos y culturales, son los mismos, lo que hace más fácil idealizar una legislación común capaz de satisfacer nuestras necesidades aplicativas, en el campo del Derecho Familiar Internacional. Estas razones de unidad y similitud, hacen propicia la proliferación de instrumentos comunes sobre la materia. Nuestra identidad nos permite buscar desarrollos más lógicos y coherentes, por lo que debe fomentarse con mucha fuerza, esta actividad.

Derecho Familiar Internacional

24. La creación de la O.N.U. cambió en el mundo la visión de los problemas. La importancia de la familia, se destaca en la misma Carta de creación de las Naciones Unidas, por ello debe buscarse en ésta, el foro donde prolifere el Derecho Familiar Internacional con mas ímpetu. Preservar la libertad interna, la igualdad entre individuos, la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, reflejan su deseo de protección al individuo y a la familia, en esta organización.

En el Año Internacional de la Familia -1994-, las Naciones Unidas reconocieron en ella a la institución central, en la cual todas las sociedades han basado su fuerza, y han forjado su futuro. "Erigir la democracia mas pequeña en el corazón de la sociedad", fué el lema de este evento, y esto refleja el papel central de la familia, al asegurar el bienestar de la sociedad.

25. Otros segmentos de la rama del Derecho Familiar, que estudiamos es la realización, por organizaciones no gubernamentales (ONGs), como son el caso de los ocho Congresos Mundiales sobre Derecho de Familia, que tiene verificativo cada dos años, y al cual acuden estudiosos de la materia de todo el mundo.

26. El Derecho Familiar, es en conjunto, una antítesis del interés individual e unitario, porque es superior a los egoístas de cada

Derecho Familiar Internacional

uno. La legislación del Derecho Familiar no se inventa, por su importancia, existe por sí sola, pero debe convertirse en Derecho positivo vigente, a la brevedad posible.

27. Las normas de Derecho Familiar son imperativas e inderogables. La ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación y la extensión de las potestades. El Derecho Familiar, a diferencia de cualquier otro mundo jurídico, tiene una función preventiva; su aplicación extraterritorial, por la universalidad de la institución y la transnacionalidad de los problemas, nos hace enfrentar a un mundo globalizado, que debe ser regido por el Derecho Familiar Internacional. La conexión unitaria asegurara, al contrario, una igualitaria aplicación del Derecho y favorecerá con esto la seguridad jurídica.

28. El Estado debe asumir su responsabilidad, encontrar esa naturaleza particular del Derecho Familiar, para hacer coincidir las intenciones de sus políticas, y suprimir las diferencias en sus direcciones, de aplicación externa e interna. Debe mostrar su voluntad expresa de reconocer la importancia de la familia, como parte fundamental del individuo y de la sociedad, elevando los derechos familiares, como derechos subjetivos fundamentales del hombre.

Derecho Familiar Internacional

29. La prospectiva del Derecho Familiar Internacional, nos ha dejado clara la evolución de la institución. La teoría de principios de siglo de Antonio Cicú, advierte el inicio del nuevo género autónomo e independiente del derecho.

En México, la Ley sobre Relaciones Familiares de principios de siglo, la puesta en funcionamiento de los primeros juzgados familiares en 1971, y la enterada en vigor de los Códigos Familiares de Hidalgo y Zacatecas, entre otros hechos, marcan el avance del derecho en este país, labor que no debe ser detenida sino propiciada por todos nosotros.

La Declaración sobre los Derechos de la Familia, de la O.E.A. en 1983, y la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas del Año Internacional de la Familia en 1994, han consolidado la autonomía del Derecho Familiar Internacional, en todos los órdenes, lo que nos hacen pensar en un futuro prometededor para la familia, rodeándola de normas jurídicas adecuadas que la salvaguarden.

30. El hecho que a nivel mundial haya varios países con Códigos Familiares, señala un futuro no lejano, en el que habrá legislaciones autónomas de Derecho Familiar en cada país. Además de la promulgación de una Declaración Universal de los Derechos de la Familia.

Derecho Familiar Internacional

31.La problemática social que amenaza la estabilidad de la familia en el mundo y su solución debe ser, y lo seguirá siendo, la prioridad en los programas de cooperación y desarrollo de los países en el globo terráqueo, para restituir la dirección de la familia en la educación de los hijos, mediante la transmisión de valores culturales, sociales, morales, religiosos y otros, y para obtener del Estado, el apoyo necesario para realizarlos.

32.La proliferación de convenciones y tratados, han concientizado a los habitantes de todos los países, para crear normas comunes para proteger a la familia, con objetividad y respeto, para que su cumplimiento sea efectivo.

Solo las normas internacionales dan la dimensión necesaria, para ver al principio de solidaridad entre todos los habitantes del planeta, como la guía mas adecuada para solucionar los retos emergentes de la familia, y plantear objetivos claros, que presenten un frente de lucha actual.

33.Las normas propuestas, deben tener como destinataria a la familia, no a las personas. Es imprescindible dotar a la familia, de personalidad jurídica, para que los programas de ayuda no se vean frustrados, y se fomente la familiarización de la sociedad.

Derecho Familiar Internacional

34. Estas disposiciones nos deben llevar al convencimiento de que en la familia, está el futuro de la humanidad y todo aquello que la engrandece, da estabilidad y fortaleza a la sociedad, reconociendo además la imprescindible cooperación internacional, para su desarrollo integral.

35. Cada Estado debe crear una dependencia o dotar a las representaciones diplomáticas y consulares de los recursos para realizar las tareas relativas a la adopción, promover la organización de servicios para la información; la legislación; verificar el cumplimiento de las garantías básicas de los nacionales; y, constatar la vigencia y positividad, de las normas internacionales que adopte cada Estado.

36. La armonía familiar no depende de la cultura, ni de la religión. La violencia en la institución se tiene que erradicar por completo, de igual forma, se debe tipificar como delito internacional, el tráfico de menores.

37. La existencia de normas del Derecho Familiar Internacional en las legislaciones familiares locales, previa la satisfacción de los requisitos legales para su incorporación, hará surgir como

Derecho Familiar Internacional

consecuencia lógica, una autoridad internacional, que vigile el cumplimiento de los compromisos adquiridos y señale las directrices a seguir por los países. Es a todas luces necesario, establecer un órgano superior, el cual se debe ocupará de vigilar la entrada en vigor de los convenios internacionales, en las legislaciones familiares locales de los países que se adhieran; promover el desarrollo de políticas internacionales adecuadas, para que se cooperar en programas de protección familiar y concientizar sobre la importancia de la materia.

38. Aceptando la transnacionalidad de la familia, de sus problemas y los efectos que estos tienen sobre la sociedad, podrá afirmarse la voluntad de la Comunidad internacional, para crear un organismo con la fuerza necesaria, como un Tribunal competente para forzar a un Estado, a cumplir sus compromisos.

Este Tribunal debe hacer que el Derecho Familiar Internacional sea imperante, sin rebusques emocionales, y con preponderancia internacional. Su aplicación, debe hacerse sin transformación en el ordenamiento interno, gozando de pleno derecho e imponiendo su respeto a los Estados miembros.

39. Las normas de Derecho Familiar Internacional, tienen que ser integradas de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, con su calidad de normas internacionales; lo que

Derecho Familiar Internacional

implica, la obligación de los jueces nacionales, de aplicar éstas normas directamente, de ser necesario.

Este Derecho tiene una función de justicia constitucional, es decir, las jurisdicciones internas deben considerar las resoluciones comunitarias, para no contravenirlas.

40. Este Tribunal tiene existencia como un auténtico poder judicial supranacional. Con un valor especial porque no es ni un simple órgano judicial, ni autoridad judicial; es un auténtico poder judicial comunitario. Podrá hacer valer sus decisiones ante los Estados, como decisiones de última instancia, sin haber autoridad superior a él en asuntos familiares. Vigilará el respeto del derecho en la aplicación de los tratados y, contribuir a asegurar la realización de las funciones asignadas a la familia, como institución transnacional.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, HENRY. The Education. Ed. E. Samuels, 1974.

ARANGIO-RUIZ, VICENZO. Instituciones de Derecho Romano. Edit. Ediciones de Palma. 10ª ed. Buenos Aires, Argentina. 1973.

ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado. Edit. Porrúa 10ª ed. México D.F., México 1992.

BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Revista de la Facultad de Derecho de México: El Derecho de Familia en el Código Civil de 1870. Tomo XXI. Jul-Dic. 1971.

BECKER, GARY S. A Treatise on the Family. Edit. Harvard University Press. Cambridge, E.U.A. 1981

BRAUDEL, F. & FOUCAULT, M. The Archaeology of Knowledge, Ed. Present. Chicago, USA. 1972.

BULL, Hadley. The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics. Columbia University Press. New York, USA. 1977.

CARLTON J.H., Hayes. Historia de la Civilización Occidental. Ed. Ediciones Rialp, S.A.. 1ª Parte. Madrid España, 1967.

CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Tema II. Capítulo 3. "La Familia y los Derechos Humanos". San Salvador, El Salvador, C.A. 1992.

CICU, ANTONIO. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediar. Buenos Aires, República Argentina, 1947. Este volumen corresponde a la traducción de la obra italiana Dirito de Famiglia, Athenaeum, Roma MCMXIV.

Derecho Familiar Internacional

CICU, ANTONIO. Scritti Minore de Antonio Cicu. v I, t.I. Edit. Dott. A Giufre. Milano, Italia. 1965.

C.F. TRUBEK. Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism. Ed. Law & Legal System 1984.

DE LA CUEVA MARIO. Derecho Mexicano del Trabajo. Ed. Porrúa. México. 1983.

DELMAS-MARTY MIREILLE. Le Detroit de la Famille. Segunda edición puesta al día. París, France. 1980.

DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. Tratado de Derecho de Familia. Edit. Tea. Buenos Aires, Argentina. 1953

ENGELS, FEDERICO. Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado. Tomo I.F. Sampere y Cía. Edit. Valencia España.

ENGELS, FEDERICO. Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado, en relación con las investigaciones de Henry Lewis Morgan. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1953.

EPSTEIN. The Social Consequences of Common Law Rules. Edit. Harvard U.. L. Rev. USA. 1982.

FRIEDMAN, Law Reforms in Historical Perspective. Ed. St. Louis U.L.J., 1969.

GAYO. Institutas. Edit. Abeldo Perrot. 3º ed. Buenos Aires, Argentina. 1987.

GLENDON, MARY ANN. Legal and Social Institutions. Edit. North-Holland Publishing Co. Oxford, United Kingdom. 1977.

GUAGLANIONE, AQUILES HORACIO. Historia y legislaciones de las Legítimas Fuentes Antiguas. Edit. Talleres Gráficos Luis Rubio. Buenos Aires, Argentina. 1940.

Derecho Familiar Internacional

GUITRON FUENTEVILLA JULIAN, Derecho Familiar, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 2da. ed. Tuxtla Gutiérrez Chiapas, México, 1988.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edit. Litográfica Anselmo. 8º ed. México D.F., México 1984.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Qué es el Derecho Familiar, Segundo Volumen. Edit. Promociones Jurídicas Y Culturales S.C. México, 1992.

H. CLARK. The Law of Domestic Relations. Edit. Cambridge U. P. London, UK.1968.

ISAAC, GUY. Manual de Derecho Comunitario General. Edit. Ariel. 2º ed. Barcelona, España. 1991.

J. KETT. Rites of Passage: Adolescence in America. 1790 to Present. Edit. E. Samuels. New York, 1977.

K. FERGUESON. The Femenist Case Against Bureaucracy. Edit. Chambers-Schiller, 1984

Leyes de Reforma. Colección de Martín Luis Guzmán. Empresas Editoriales, S.A. 1947.

MARGADANT S., FLORIS GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. Edit. Editorial Esfinge. 16º ed. Naucalpan, México. 1989.

MAZEUD, HENRY Y LEON; MAZEUD, JEAN. Lecciones de Derecho Civil. Parte I, v.I Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1959.

México Relación de Tratados en Vigor. Edit. Secretaría de Relaciones Exteriores. México D.F., México 1993.

Derecho Familiar Internacional

MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. Derecho Internacional Privado. t. I. Edit. Lope de Vega. 9ª ed. Madrid, España. 1985.

MILNER, SUSAN. The Dilemmas of Internationalism. French Syndicalism an the International Labour Movement. Edit. Berg Publisher Limited. Worchester, U.K. 1990.

MORSE. Changing Images of the Family. Edit. V. Tufte & B. Myerhoff. England, UK 1980.

M. GLENDON. The New Family and the New Property. Edit. Harvard U.L. Rev. USA 1981.

M. MERLEAU-PONTY. In Praise of Philosophy. Edit. J. Wild & J. Edie. 1963.

M. ORTOLAN. Instituciones de Justiniano. Edit. Editorial Hilasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1976.

PEREZ CARRILLO, AGUSTIN. Relación entre Estado y Familia. Anuario Jurídico XIII, Primer Congreso Interdisciplinario Sobre la Familia Mexicana. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986.

PEREZ NIETO CASTRO, LEONEL. Derecho Internacional Privado. Edit. Harla. México D.F., México

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Editorial Nacional. 9ª ed. México D.F., México 1971.

Principles of Sociology, Edit Dial.Vol. 1. 2da. ed. 1877.

RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones De Derecho Civil. Trad. de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. t. II, v. Segundo. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Edit. Instituto Editorial Reus. Madrid, España.

Derecho Familiar Internacional

RUMNEY, JUDAH. SPENCER. Edit. Fondo de Cultura Económica. México D.F., México. 1978.

R. MNOOKIN. Child, Family and State. Edit. Cambridge U.P. Mass. USA. 1978.

SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 16ª ed. Edit. Porrúa. México, 1991.

SVERDLOV, G. Fundamentos del Derecho Soviético. Publicación de Ciencias de la URSS. Traducción del ruso al español por José Echenique. Moscú, Rusia. 1962.

S. BRECKINRIDGE. The Family and State: Select Documents. Edit. Illinois Public Law. 1972.

TENEKIDES, J. Derecho Internacional en las Comunidades Federales de la Grecia de las Ciudades. Edit. R.C.A.D.I. Barcelona, España. 1956.

T. REEVE. The Law of Baron and Femme. Ed. Critical Legal Histories. New York. 3a. Ed. 1862.

WALTZ, Kenneth. Man, the State and War: A Theoretical Analysis. Columbia University Press. New York, USA. 1954.

***Revistas y Artículos Consultados:**

Declaración del Sr. Gral. de la O.N.U. Sr. BOUTROS BOUTROS-GHALI, en el Foro Mundial de Organizaciones no Gubernamentales para la Presentación del Año Internacional de la Familia, Malta 1993. Año Internacional de la Familia. 1994. New York, U.S.A.

BUSNELLY, FRANCESCO DONAO. Esperienze Straniere e Comparate. La famiglia nella Cultura Giuridica Europea. Rassegna di Diritto Civile. Ed. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, Italia. 1984.

B. SPENCER Y F.J. GILLEN, Native Tribes of Central Australia, 1899.

Derecho Familiar Internacional

CALVENTO SOLARI, UBALDINO. Documentos Internacionales Sobre Adopción de Niños en los Planos Internos e Internacionales. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia. Año VI, nº 22. San José, Costa Rica. Junio 1982.

CAPOGROSSI COLOGNESI, LUIGI. Ancient Law e Primitive Marriage: Una Pagina di Storia delle Istituzioni Primitive nell'Inghilterra Vittoriana. No. IX. Rivista Sociologia del Diritto. Milano, Italia. 1982

"Catedra Derecho Civil Internacional", ditada por la Dra. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Morelos. Marzo, 1994

Conclusiones, Proposiciones, Recomendaciones y Resoluciones del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, Septiembre de 1992.

ESPINAR VICENTE, JOSE MARIA. Algunas Consideraciones en Torno al Desarrollo Histórico del Derecho Internacional Privado en la Grecia de las Ciudades. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Junio, 1981.

E. B. TYLOR, "The Matriarcal Family System". The Nineteenth Century, XL.

E. WESTERMARCK, Origin and Growth of Moral Ideas; 1906. History of Human Marriage, 1921.

Familias en Transición. Edit. Federación Internacional para la Economía Familiar. O.N.U. Ginebra, Suiza. 1989.

Familias que buscan amparo. Publicaciones del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Noviembre 1993.

Family and Functions, Occasional Papers Series, No. 2, Naciones Unidas, Viena 1993.

GARCIA MORENO, VICTOR CARLOS. Tráfico Internacional de Menores: Análisis de la Convención Interamericana. Méxicio D.F., México. Julio 1994.

Derecho Familiar Internacional

"Cátedra de Derecho Civil IV" dictada por el Dr. JULIAN GUITRON FUENTE-VILLA. Ciudad Universitaria. México D.F., México. 1993

GUITRON FUENTE-VILLA, JULIAN. Prospectiva del Derecho Familiar Internacional. Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, Venezuela. 1995.

La evolución de la Estructura Familiar. Artículo publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Viena 1993.

La Familia. Boletín sobre el Año Internacional de la Familia, 1994. No. 4. Edit. Oficina de las Naciones Unidas, Secretaría del AIF. Viena, Austria. 1992.

Las Tendencias Demográficas y la Familia. Publicaciones del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Noviembre 1993.

LINS E SILVA, PAOLO. Un Derecho de familia Independiente. Factor Científico Para un Mejor Desarrollo e Integración Social del Continente. VII Congreso Mundial. San Salvador, El Salvador, C.A., 1992.

Los Derechos Humanos y la familia. Publicaciones de las Naciones Unidas. Año 1993.

L.T. HOBHOUSE, G.C. WHEELER Y M. GINSBERG, The Material Culture and Social Institutions of Simpler Peoples. Morals in Evolution. 1923.

MARTHA MINOW "Forming Underneath Everything That Grows: Toward a History of Family Law". Wisconsin Law Review, Washington 1985.

MCELROY, Freedom, Feminism, and the State, Ed. McElroy, 1982.

MULLER FRIENFELS, WOLFRAM. Desarrollo del Derecho de Familia. Revista de la Facultad de Derecho de Venezuela. no. 29. Caracas, Venezuela. Junio, 1964.

Derecho Familiar Internacional

OLSEN. The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform. Edit. Harvard U. Law Review. USA, 1983

Progressive Policy Institute. Edit. Policy Report. No. 10. New York, U.S.A. 1991

R. GOTTESMAN, The Child and the Law. 1981.

R. H. LOWIE, Primitive Society. 1924.

The Family: Global Family Project. No 1, 1993. Bulletin on the International year of the family. O.N.U.

TREJOS, GERARDO. La Protección Internacional de la Familia y de los Menores. VII Congreso Mundial Sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, C.A. 1992.

TRUYOL ANTONIO. Los Derechos Humanos. Edit. Tecnos, Madrid. 2da. ed. 1977.

W. WADLINGTON, Cases and Other Materials on Domestic Relations, Edit. Eighteenth Century Stud. London.

***Instrumentos Internacionales Consultados:**

Carta de las Naciones Unidas (1945). SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 16º ed. Edit. Porrúa. México, 1991.

Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad mínima para Contrarar matrimonio y el registro d elos matrimonios (1962). Recopilación de Instrumentos Internacionales. Publicación de la O.N.U. New York, USA. 1983.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1955). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Derecho Familiar Internacional

Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Declaración de los Derechos del Niño (1959). Recopilación de Instrumentos Internacionales. Publicación de la O.N.U. New York, USA. 1983.

Declaración sobre Fomento entre la Juventud de los Ideales de Paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos (1965). Recopilación de Instrumentos Internacionales. Publicación de la O.N.U. New York, USA. 1983.

Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones (1981). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso del Poder (1985). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (1986). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). SEPULVEDA, CESAR. Derecho Internacional. 16ª ed. Edit. Porrúa. México, 1991.

Derecho Familiar Internacional

Resolución 67813-0/83 (1983). Organización de los Estados Americanos. Secretaría de Asuntos Jurídicos. Washington D.C., U.S.A. 1983. Edición Oficial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Proclamación de Teherán (1968). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955). Publicaciones de las Naciones Unidas. Bruselas, Bélgica. 1991.

***Diccionarios y Enciclopedias Especializadas Consultados:**

BERNINI, FERNANDO. Diccionario de Latín.

COORRIPIO, FERNANDO. Diccionario Etimológico. Edit. Bruguera. 3ª ed. Barcelona, España. 1984.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1960.

Nueva Enciclopedia Temática. De. Richards. Panamá 1963.

Derecho Familiar Internacional

***Legislacion Consultada:**

Cal. Civ. Code & 36 (West 1986); N.Y. Educ. Law & 281 (McKinney 1969). Ley Local del Estado de New York.

Código Civil para el Distrito Federal. Edit Porrúa. 60º ed. México D.F., México 1992.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edit. Litográfica Anselmo. 8º ed. México D.F., México 1984.

Ley Federal del Trabajo. Ed. Porrúa., México 1993.

UNIF. MARRIAGE AND DIVORCE ACT. & 402(2), 1971.