

**NUEVAS TENDENCIAS DEL
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y DEL DERECHO
COMPARADO DE FAMILIA**

MARCO GERARDO MONROY CABRA

1. La internacionalización del derecho y su incidencia en el derecho de familia

Con la caída del muro de Berlín y el fracaso del comunismo, el mundo ha cambiado. La universalización de la democracia, los bloques económicos, la integración en todos sus aspectos, y la libre circulación de personas, bienes y servicios, ha incidido notablemente en todo el derecho que se ha internacionalizado.

Como lo expresa Boaventura de Sousa Santos¹: "En las últimas tres décadas, las interacciones transnacionales han sufrido una dramática intensificación, que va desde la globalización de sistemas productivos y transacciones financieras, hasta la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación, hasta el desplazamiento masivo de personas, como turistas, trabajadores migrantes o refugiados".

Es evidente que el alunizaje, el fin de la guerra fría, la proliferación de armas nucleares, los crecientes problemas de multiculturalismo y polietnicidad, el sistema de comunicaciones global, han conducido a lo que algunos llaman "aldea global" o "cultura global", o "globalización".

La internacionalización del derecho ha incidido en el derecho en general y desde luego en el derecho de familia.

Los cambios y las nuevas tendencias se han producido tanto en la familia legítima derivada del matrimonio, como en la familia natural cuyo origen es la unión marital de hecho, y en la familia adoptiva.

Estos cambios se deben no sólo a nuevas realidades sociales sino a la necesaria conexión entre los derechos humanos y la familia, e inclusive teniendo en cuenta la aceptación actual de los derechos de los menores y de la familia considerada como institución jurídica y social base fundamental de la sociedad.

¹ Boaventura DE SOUSA SANTOS, *La Globalización del Derecho*, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia, Ilsa, 1998, pag 37.

En Europa se está produciendo la "constitucionalización" del derecho comunitario que respeta los derechos humanos, incluidos los derechos de la familia y de los menores como están regulados en la Convención Europea de Derechos Humanos.

El artículo F2 del Tratado de la Unión Europea dice: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho Comunitario".²

Es indudable que en un mundo internacionalizado se presenten conflictos de leyes y de jurisdicciones. A título de ejemplo, se puede mencionar la celebración de matrimonios entre personas de distintas nacionalidades, el divorcio pedido en lugar distinto de la celebración del matrimonio, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio, la adopción cuando el adoptante y el adoptado tienen distinta nacionalidad o diferente domicilio, o cuando el capital o los ingresos del deudor de alimentos se encuentra en lugar distinto de la residencia del menor, o cuando existe el tráfico internacional de menores, o es necesaria la restitución de un menor llevado al exterior con desconocimiento de los derechos de patria potestad o custodia sobre el menor, etc.

En estas hipótesis se plantean problemas de derecho internacional privado como ley aplicable, la jurisdicción internacional competente, y el exequatur o reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia de derecho de familia.

En los casos que involucran un elemento extranjero existen tratados que son de aplicación preferente, y en ausencia de los mismos hay teorías para la escogencia de la ley que tenga más puntos de contacto con el caso, factores para determinar la competencia internacional, y procedimientos como el de la reciprocidad para el exequatur.

2. Constitucionalización del derecho de familia y su relación con los tratados de derechos humanos, con especial referencia a la Constitución Política de Colombia de 1991.

2.1 Constitucionalización del derecho de familia.

El derecho de familia se ha constitucionalizado por cuanto los principios fundamentales de la familia y de los menores, así como sus derechos fundamentales, se encuentran establecidos en los ordenamientos constitucionales.

² Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Nuevos elementos del Derecho Internacional Privado de la familia en Europa" en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Banamex, 1997, pag 95.

Este aspecto es importante por cuanto los Códigos de Familia deben estar acordes con los principios, valores, y derechos reconocidos en las Constitucionales a la familia y a los menores.

La mayoría de ordenamientos constitucionales como el español parten del reconocimiento de la dignidad de la persona como titular de derechos en su condición de sujeto del derecho. El artículo 39 de la Constitución española dice:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente procesa.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

Usualmente las normas constitucionales emplean cláusulas generales, en que no se enumeran cerradamente los requisitos ni se declaran ciertamente las consecuencias. Por ejemplo, se observa referencia al "interés de la familia" o al "bien del hijo" o "interés del menor". Tales remisiones a principios y valores, así como referencias a la "equidad" exigen del juez actos de valoración.

Actualmente está superado el positivismo jurídico y la interpretación cada vez atiende más a principios, valores, criterios de razonabilidad y sobre todo a la prevalencia de la justicia sobre el formalismo jurídico.

2.2 Principios que regulan la familia en la Constitución Colombiana de 1991.

La Constitución Política colombiana de 1991 (artículo 42) establece los siguientes principios en derecho de la familia:

- a) Que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad;
- b) Que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia;

- c) Que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla;
- d) Que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables;
- e) Que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes;
- f) Que se prohíbe cualquier forma de violencia en la familia, la cual se considera destructiva de su armonía y unidad;
- g) Que la progeneración es responsable;
- h) Se reitera la consagración del patrimonio de familia inalienable e inembargable;
- i) Se reafirma la igualdad de derechos y deberes de la pareja;
- j) Se reitera la igualdad de derechos y deberes respecto de hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica;
- k) Que la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos;
- l) Que las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil;
- m) Que los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles;
- n) Que los efectos civiles de todo matrimonio cesan por divorcio con arreglo a la ley civil, y que tienen efectos civiles las sentencias de nulidad de matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión;
- o) Que la ley determina lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes;
- p) Que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, y que el Estado apoya de manera especial a la mujer cabeza de familia; y,
- q) Se reconocen los derechos fundamentales de los niños.

En la Constitución de Colombia, los tratados sobre derechos humanos de los cuales nuestro país es Estado Parte, prevalecen sobre el orden jurídico interno al tenor del artículo 93 de la Constitución Política.

Por otra parte, debe observarse que los principios y valores del Estado Social de Derecho adoptado en la Constitución de 1991 influyen en el derecho de familia y en la interpretación de las normas jurídicas que regulan esta institución.

2.3 Jurisprudencia de la Corte Constitucional en derecho de familia.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha realizado importantes pronunciamientos sobre derecho de familia.

Entre otras sentencias, se pueden citar las siguientes:

- a) Sentencia T-494/92 que expresó que la tutela procede para proteger el aporte patrimonial hecho por la mujer ama de casa dentro de una unión marital de hecho (Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita, Salvamento de voto: Dr. José Gregorio Hernández).
- b) Sentencia T-371/04 sobre constitucionalidad de la norma del Código Civil que permite a los padres castigar “moderadamente” a sus hijos (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, Salvamento de voto: Jorge Arango, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez, Fabio Morón Díaz).
- c) Sentencias C-152/94 sobre constitucionalidad de la precedencia del apellido paterno sobre el materno (Magistrado Ponente: Jorge Arango, Salvamento de voto: Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez).
- d) Sentencia C-098/96 sobre constitucionalidad del reconocimiento de efectos patrimoniales sólo para las uniones de hecho heterosexuales (Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes).
- e) Sentencia T-474 de 1996 (Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz) en que la Corte Constitucional confirmó el fallo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga que ordenó al Instituto de Seguros Sociales continuar con el tratamiento de efectuar transfusiones de sangre a un menor que se negaba a recibirlas por razones religiosas a pesar de que el padre era de opinión contraria. La Corte expresa que el menor adulto es libre de escoger el credo religioso que considere más conveniente para sus necesidades espirituales, en ejercicio de la libertad de religión, de conciencia y de culto, así como del libre desarrollo de la personalidad, siempre que con su actuación de acuerdo con los principios o dogmas respectivos no atente contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general. Agregó que la capacidad relativa del menor adulto para decidir sobre su credo no es suficiente para optar por una alternativa que ponga en serio peligro su vida.

- f) En sentencia T-041/96 la Corte consideró que forma parte del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el que los contenidos mínimos legalmente establecidos de la patria potestad sean hechos efectivos al menor. La Corte consideró errada la asignación de un hogar sustituto, en defecto del hogar paterno, sin consultar los verdaderos intereses de la menor, por lo cual se tuteló su derecho a tener una familia y no ser separada de ella en forma provisional mientras el juez de familia decidía sobre la custodia en el proceso respectivo.
- g) En sentencia C-125/96, la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la norma del Código Penal que limita el ejercicio de la acción penal relativa al delito de inasistencia alimentaria a los padres e hijos, cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad. La Corte preceptuó, teniendo en cuenta el principio constitucional de igualdad, que no puede excluirse de la acción penal por el delito de inasistencia alimentaria a los ascendientes y descendientes que incumplan la obligación de alimentos, la cual pesa por igual sobre todos, sin limitación ni distinciones entre ellos, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.
- h) En sentencia T-420/96 la Corte consideró que la separación forzada de un niño de su madre es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico; el perjuicio, así, amerita la concesión de la tutela mientras se adelantan ante la jurisdicción de familia, para el caso concreto del padre que separa forzosamente a sus hijos de la madre, las acciones tendientes a la definición de la guarda de los hijos menores.

Estas y otras interpretaciones constitucionales sobre el derecho de familia han servido no sólo para resolver casos particulares sino para formar una doctrina en esta materia siguiendo como parámetros los principios antes mencionados.

2.4 Tratados sobre derechos humanos y derecho de familia.

El derecho de familia ha sido influido por los tratados a nivel regional o universal sobre derechos humanos .

Se pueden citar, entre otros, los siguientes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; b) Declaración Universal de Derechos Humanos, también de 1948; c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966; e) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

Formas de Discriminación Racial; f) Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; g) Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; h) Convención sobre Derechos del Niño, de 1989; e) I) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, de 1994.

Estos tratados prevalecen sobre el ordenamiento interno en algunos Estados como Colombia (arts 93 y 94) y en Argentina en la reforma constitucional de 1994 (art 75, inc.22).

La mayoría de las normas de los tratados coinciden con la normatividad interna. Sin embargo, por ejemplo, el art.16, párr.1, inc. h, de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, exige que la legislación asegure "los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso". Esta norma confrontada con algunas legislaciones internas muestra diferencias que exigen ajustar el ordenamiento interno a la normatividad internacional.

Otras normas exigen una interpretación que permita adaptarlas a los distintos sistemas positivos. Así, por ejemplo, el art. 27, párr.4 de la Convención sobre Derechos del Niño establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si viven en el Estado Parte, como si vivieren en el extranjero.

Como lo expresan Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni³: "El cumplimiento cabal de esta norma es muy dificultosa, al menos en países que carecen de recursos de la seguridad social que les permitan anticipar el monto de los alimentos, subrogándose en los derechos del hijo, acreedor de los alimentos. Y, desde otro punto de vista, la norma exigirá implementar acuerdos o convenios internacionales (como la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, celebrada en Nueva York en 1956, y a la que la Argentina se adhirió por ley 17.159) a fines de obtener adecuada reciprocidad que haga operativo el principio".

El derecho comparado demuestra que la distinción tradicional entre familia legítima y familia natural, la primera originada en el matrimonio, la segunda en la unión extramatrimonial entre personas libres para contraer nupcias, ya no se acepta. Esta distinción resulta incompatible con el principio de

³ Gustavo A. BOSSERT y Eduardo A. ZANNONI. Manual de derecho de familia, 4^o edic, Astrea, 1996, pag. 16



igualdad que proclaman la Declaración Americana y la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y las Constituciones de numerosos Estados. Esta distinción es discriminatoria e injusta para los hijos nacidos de uniones no matrimoniales.

La igualdad de derechos entre los hijos es aceptada no sólo en los tratados de derechos humanos sino en la mayoría de Constituciones modernas.

Por tanto, las relaciones paterno-filiales originadas fuera del matrimonio son de carácter familiar. Además, la pareja no casada que haya procreado debe ser calificada de familia compuesta de los progenitores y de sus hijos.

La familia no matrimonial o unión marital de hecho conlleva el que muchas legislaciones hayan regulado el régimen de bienes en dicha unión e inclusive admitido los pactos de convivencia uxoria, la compensación por ruptura unilateral de la unión libre, los alimentos, la liquidación del patrimonio adquirido durante la convivencia, etc.

2.5 Derechos de la familia en la Constitución colombiana de 1991.

La Constitución colombiana de 1991 consagra los siguientes derechos que hacen relación al derecho de familia y de menores:

- a) Debido proceso y derecho de defensa (art 29);
- b) Igualdad y no discriminación (art 13);
- c) Derecho a la intimidad personal y familiar (art 15);
- d) Libertad religiosa (art 19);
- e) Obligación de regular por ley todo lo atinente al matrimonio (art 42);
- f) Libre desarrollo de la personalidad (art 16);
- g) Protección integral de la familia (art 42);
- h) Protección de los derechos de los niños y prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (art 44).
- i) Igualdad de derechos y deberes de la pareja (art 42) ;
- j) Igualdad de los hijos (art 42);
- k) Iguales derechos y oportunidades del hombre y la mujer (art 43).

Algunos de estos principios y derechos se han consagrado en la legislación colombiana, pero otros requieren ser implementados mediante reformas de carácter legislativo.

2.6 Reconocimiento de los derechos de la familia en otras Constituciones

En todos los ordenamientos constitucionales se reconoce el derecho al respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

Se debe hacer mención a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 1971, caracterizada por Ch. Von Bar⁴ como la decisión más importante del siglo para el Derecho Internacional Privado alemán, en la cual se estableció por primera vez que tanto las normas indirectas como el derecho extranjero conectado por ellas deben ajustarse a los derechos fundamentales plasmados en la Constitución.

Por otra parte, los anteriores derechos y garantías enunciados en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art VI), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art 23) el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 10.1), el Convenio Europeo de Roma (art 12), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 17).

Los derechos de los niños deben interpretarse conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Nueva York, 1989.⁵

Hay que tener en cuenta que el juez al interpretar las normas de derecho internacional privado debe tener como directriz los principios y valores de la Constitución respectiva.

Por tanto, la protección social, económica y jurídica de la familia y de la niñez se hace conforme a lo previsto en la Constitución y los tratados internacionales vigentes para el Estado respectivo.

3. Nuevas tendencias en el derecho comparado de familia

Según J. María Espinar Vicente⁶ y otros autores, las principales tendencias del derecho comparado de familia son las siguientes:

⁴ Ch. Von Bar, Internationales Privatrecht, t.1, Munich.

⁵ J. MARÍA ESPINAR, Vicente. El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado, Civitas, Madrid, 1996.

⁶ J. MA. ESPINAR, Vicente. Op. Cit., pp 22-25.

- a) Respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad;
- b) Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio incluyendo el derecho a disolverlo;
- c) Igualdad jurídica de los cónyuges, e igualdad jurídica entre los hijos, cualquiera que sea su filiación;
- d) Importancia creciente de la autonomía de la voluntad. Se puede citar la posibilidad admitida en numerosos ordenamientos jurídicos del divorcio por mutuo acuerdo sin necesidad de procedimiento judicial en los países asiáticos.⁷
- e) Separación conceptual entre matrimonio y familia, por cuanto la familia no se concibe ya como consecuencia del matrimonio sino de la filiación;
- f) Pérdida del carácter único del modelo tradicional de la familia por cuanto en muchos ordenamientos legales se admite la existencia de otros modos de convivencia estable entre hombres y mujeres. La Conferencia de La Haya está estudiando el tema de la "ley aplicable a las parejas no casadas".
- g) Se mantiene el carácter de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Esto implica la protección del Estado a la familia y a los menores.
- h) Reconocimiento de los derechos de la familia como el derecho a la dignidad e inviolabilidad;
- i) Reconocimiento de los derechos prevalentes de los menores, y del interés del menor como principal interés jurídicamente protegido.
- j) Ya se ha visto que la mayoría de ordenamientos jurídicos reconocen no sólo la familia nacida del matrimonio, sino la unión marital de hecho o familia no matrimonial. En estas legislaciones y en la jurisprudencia se resuelven los problemas siguientes: a) Antes de la unión de la pareja los pactos posibles en el orden personal y patrimonial, los alimentos, el régimen económico, el uso de vivienda arrendada; b) Durante el tiempo de la convivencia el trabajo y servicios de los convivientes en el hogar, y las donaciones entre convivientes; y, c) A la extinción de la convivencia, la indemnización por ruptura unilateral, la propiedad y uso de la

⁷ E. Jayme, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", Recueil des Cours, 1995, pp 49 ss.

vivienda, la indemnización en favor de un conviviente en caso de accidente mortal del otro, y la pensión de la seguridad social en favor del conviviente supérstite.

- k) Los modernos avances y descubrimientos científicos en los campos de la Biomédica y la Biotecnología han posibilitado el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de reproducción humana. La genética está influenciando el derecho de familia. Es indudable que se aceptan y practican la inseminación artificial con semen procedente del marido (IAC), con semen procedente de donante (IAD), la fecundación in vitro (FIV), y la donación de óvulos. Se presenta controversia en cuanto a la donación de embriones, la subrogación de útero y la manipulación de o sobre embriones. Estos nuevos aspectos exigen regulación legal que sólo en pocos Estados se han producido. El Catedrático Vicente L. Montés Penadés⁸ pone de presente la necesidad de una regulación expresa de las consecuencias de la aplicación de las técnicas. Las sugerencias que hace este Profesor son las siguientes: a) Desvinculación del donante en la IAD; b) Necesidad del consentimiento del marido o consorte en IAD, y consecuencias en orden a la paternidad; c) Prohibición de que el hijo nacido de IAM (OIAC) mucho después de la muerte del padre sea legítimo; c) Prohibición del pacto sobre "subrogación"; d) Derechos de la "madre gestante" sobre la "madre genética" en el supuesto de donación de óvulos y en la "subrogación"; e) Penalización de ciertas prácticas; f) Consideración jurídica del embrión humano y protección legal; y, g) Derecho a la información del niño.

La tendencia es hacia una regulación legal que contemple legislación sobre donación de gametos y utilización de embriones, organización administrativa y asistencial de los centros que practiquen estas técnicas, tipificar como delitos determinadas conductas como inseminación artificial sin consentimiento, manipulación y comercio de embriones, etc. Asimismo, se debe legislar sobre fecundación post-mortem, admisión de la IAC en pareja casada, y la IAD con consentimiento de ambos cónyuges, que el convenio de maternidad por sustitución no genera acción para reclamar el hijo de la madre gestante, etc. Asimismo, se deben analizar

8 Vicente L. MONTÉS PENADÉS, "La genética actual y el Derecho de Familia" y Tapia, abril de 1988, Madrid, pag 25. Ver igualmente, Maricruz Gómez De La Torre, La Fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, 1993; Jaime Vidal Martínez, Las nuevas formas de reproducción humana, Cuadernos Cívitas, 1988; Vitorio Frosini, Derechos Humanos y Bioética, Edit Temis, 1997; Emilsen González de Cancino, Los retos jurídicos de la genética, Universidad Externado de Colombia, 1995; Carlos María Romeo Casabona, Del Gen al Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.

los problemas éticos y jurídicos del proyecto del genoma humano.⁹ En efecto, las nuevas técnicas que permiten intervenir sobre las estructuras internas de los seres vivos entrañan riesgos, puesto que dotan al hombre de un poder sin precedentes, lo que puede poner en peligro no sólo su propio futuro, sino el de toda la biosfera.

- l) La tutela del deficiente mental es una tendencia uniforme del derecho de familia. La mayoría de los ordenamientos constitucionales han destacado la dignidad humana del deficiente mental idéntica a la de las demás personas, y la necesidad de darle una atención particular, con medidas asistenciales, educativas, sanitarias y de protección, tendientes a su rehabilitación e integración en la sociedad, en consonancia con el "Estado social" que proclaman algunas Constituciones como la española de 1978 y la colombiana de 1991.

En este aspecto es de destacar la Ley española de 24 de octubre de 1983 relativa al deficiente mental que contiene normas que pueden servir para una mejor regulación jurídica, y asimismo se debe relieves la integración social del deficiente mental prevista en la Ley 13/1982 del 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

La situación del deficiente mental no es individual ni familiar sino que compromete a toda la sociedad. La protección o tutela del deficiente mental debe plantearse dentro de los principios fundamentales de dignidad de la persona y derecho al libre desarrollo de la personalidad, y libertad individual, como valores fundamentales que sólo se pueden limitar a la persona deficiente en supuestos excepcionales.

- ll) El derecho sustantivo está siendo coordinado con la organización del sistema judicial, el acceso a los tribunales y la existencia de recursos para la asistencia y la prevención de situaciones de conflicto. Cada vez son más numerosas las legislaciones que consagran una instancia previa a la contienda judicial que permita una adecuada conciliación o mediación entre las partes. El conciliador o el mediador es un profesional que brinda un servicio, dentro o fuera del tribunal, consistente en proponer a cada parte modos no litigiosos de solución a determinados conflictos. Esto coadyuva a lograr acuerdos para la plena realización de los intereses familiares. Estos procedimientos se han hecho frecuentes en varios Estados de América del Norte. Asimismo, la ley 24.573, argenti-

⁹ Carmen María GARCÍA MIRANDA. *Perspectiva Ética y Jurídica del Proyecto Genoma Humano*, Universidad de Coruña, 1997.

na, con vigencia sólo en la Capital Federal por ser netamente procesal, instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio contencioso (art 1), pero esta mediación previa con carácter obligatorio desafortunadamente no es de aplicación en las acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. En otros Estados, como en Colombia existe la conciliación en Centros de Conciliación y durante los procesos de familia, lo cual ha dado excelente resultado.¹⁰

- m) En la mayoría de Estados se ha establecido la jurisdicción de familia con equipos multidisciplinarios como psicólogos o terapeutas familiares y asistentes sociales. Se considera más beneficioso un tribunal colegiado de única instancia concentrando el procedimiento en audiencia ante los jueces para la producción de la prueba y los alegatos.

4. Convenciones adoptadas en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre derecho de familia

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha adoptado tratados sobre diversas materias que han contribuido a la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones. En materia de derecho de familia se han adoptado tratados sobre distintas materias.

Estas Convenciones son las siguientes:

Primera Etapa: 1893- 1904

1. Convención relativa a la conclusión del matrimonio, de 12 de junio de 1902. Francia y Bélgica denunciaron esta Convención como consecuencia de la imposibilidad que se deducía del texto de la Convención para que en sus respectivos territorios sus autoridades pudiesen celebrar los matrimonios de desertores alemanes, que, naturalmente, no contaban con la licencia que era preceptiva por el Derecho alemán y que había de concederla la autoridad alemana para el matrimonio de "personas militares".
2. Convención sobre divorcio y separación de cuerpos, 12 de junio de 1902. Se produjo la retirada en 1929 de Suiza, y en 1934, de Alemania y Suecia. Las denuncias tuvieron como base el que muchas mujeres de estos

¹⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de Familia y de Menores, Quinta Edición, 1997, pag 550.

tres Estados contrajeron matrimonio con italianos, adquiriendo la nacionalidad italiana, siendo después víctimas de adulterio, sevicias, etc., motivos que en los citados Estados eran suficientes para solicitar el divorcio que nunca lograron porque la Convención establecía que solamente podría obtenerse si no estaba prohibido (lo que entonces ocurría en el Derecho italiano) por la ley nacional de los esposos.

- 3) Convención sobre tutela de menores, 12 de junio de 1902. Esta Convención fue denunciada por Francia en 1914, y por Suecia tras la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de 28 de noviembre de 1958, relativa al caso Boll.
- 4) Convención sobre efectos del matrimonio, 17 de julio de 1905.
- 5) Convención sobre interdicción de personas incapaces.

En la etapa anterior a la guerra de 1914 predomina la ley nacional en materia de familia.¹¹

Con el tratado de Versalles, y en virtud de los artículos 282 y 287, se restableció la vigencia de las Convenciones sobre tutela y procedimiento civil entre los que habían sido enemigos, Alemania y los Estados aliados, salvo en relación con el último en lo que afecta a Francia, Portugal y Rumania.

Otras tres Convenciones llegaron a constituir derecho positivo, tras la previa firma el 17 de julio de 1905. Son éstas:

- 1) Convención sobre efectos del matrimonio. Esta convención fue denunciada por Francia en 1917 y por Bélgica en 1922.
- 2) Convención sobre interdicción de personas incapaces.
- 3) Convención sobre procedimiento civil. Esta Convención fue firmada por 15 Estados y a la que se adhirieron Servia, Finlandia, Checoslovaquia y Polonia, con arreglo al Protocolo firmado en La Haya el 17 de enero de 1923.

En la etapa anterior a la primera guerra predominaba la ley nacional en materia de familia. En otras materias, sucesiones, por ejemplo, en función de la distinción entre sucesión mobiliaria e inmobiliaria, el desacuerdo no logró ninguna Convención.¹²

¹¹ José Antonio Tomas ORTIZ DE LA TORRE, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, pag 16

¹² Miaja De La Muela, A: Derecho internacional privado, Parte general, 1, Madrid, 1972, pág. 465.

Segunda Etapa: 1925-1928

Durante la segunda etapa, la Conferencia de La Haya sólo se reunió en dos ocasiones: una, en 1925, y otra, en 1928.

Tercera Etapa: Desde 1951

En esta tercera etapa se han suscrito estas Convenciones:

1. Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos, 24 de octubre de 1956.

Esta Convención establece la ley de la residencia habitual del hijo para determinar en qué medida y a quién puede el hijo reclamar alimentos.

En caso de cambio de la residencia habitual del hijo, la ley de la nueva residencia habitual es aplicable a partir del momento en que el cambio se ha efectuado. Dicha ley rige igualmente la cuestión de saber quién está autorizado para intentar la acción alimenticia y cuáles son los plazos para ello.

2. Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los hijos, 15 de abril de 1958.

Esta Convención establece que las decisiones dictadas en materia de alimentos en uno de los Estados contratantes deberán ser reconocidas y declaradas ejecutorias, sin revisión del fondo en los otros Estados contratantes, si: 1. La autoridad que ha decidido era la competente en virtud de la presente Convención; 2. La parte demandada ha sido regularmente citada o representada según la ley del Estado al que pertenece la autoridad que ha decidido. Sin embargo, en caso de decisión en rebeldía, el reconocimiento y ejecución podrán ser rehusados si a la vista de las circunstancias de la causa, la autoridad de ejecución estima que es sin culpa de la parte demandada, que no ha tenido conocimiento del procedimiento o no ha podido defenderse; 3. La decisión ha adquirido la fuerza de cosa juzgada en el Estado donde ha sido dictada. Sin embargo, las decisiones ejecutorias por provisión y las medidas provisionales serán, aun susceptibles de recurso, declaradas ejecutorias por la autoridad de ejecución si tales decisiones pueden ser dictadas y ejecutadas en el Estado al que pertenece esta autoridad; 4. La decisión no es contraria a una decisión dictada sobre el mismo objeto y entre las mismas partes en el Estado donde es invocada. El reconocimiento y ejecución podrán ser rehusados si antes de pronunciada la decisión, había litispendencia en

el Estado donde es invocada; 5. La decisión no es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado donde es invocada.

La autoridad competente para dictar las decisiones en materia de alimentos es la del Estado, en cuyo territorio el deudor de alimentos tenga su residencia habitual en el momento de la demanda, o las autoridades del Estado en cuyo territorio el acreedor de alimentos tenga su residencia habitual en el momento de la demanda, o la autoridad a cuya competencia el deudor de alimentos se ha sometido ya sea expresamente o refiriéndose al fondo sin reservas relativas a la competencia.

El exequatur se rige por la ley del lugar de ejecución.

3. Convención concerniente a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, 5 de octubre de 1961. Esta Convención establece que las autoridades tanto judiciales como administrativas del Estado de la residencia habitual del menor, son competentes para tomar las medidas tendientes a la protección de su persona o de sus bienes.
4. Convención concerniente a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, 15 de noviembre de 1965.

Esta Convención, según el artículo 1 se aplica a las adopciones entre: "De una parte, una persona que tenga la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual, en uno de estos Estados, o esposos de los que cada uno tenga la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual, en uno de estos Estados, y de otra parte, un niño, menor de dieciocho años cumplidos el día de la solicitud de adopción, soltero todavía y que tenga la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual, en uno de estos Estados".

Según el artículo 3 son competentes para decidir sobre la adopción:

a) Las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptante o, cuando se trate de una adopción por esposos, las autoridades del Estado en el cual ambos tienen su residencia habitual.

b) Las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o, cuando se trate de una adopción por esposos, las autoridades del Estado de su nacionalidad común.

Las condiciones de residencia habitual y de nacionalidad deben ser cumplidas tanto en el momento en que las autoridades citadas en el presente artículo intervienen como en el momento en que decidan".

Las autoridades antes mencionadas aplican la ley interna a las condiciones de la adopción.

Las autoridades aplicarán la ley nacional del niño a los consentimientos y consultar que no sean los de un adoptante, de su familia y de su cónyuge.

Las autoridades no pronunciarán la decisión más que si es conforme con el interés del niño.

Toda adopción se reconoce de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Son competentes para anular o revocar una adopción : a) Las autoridades del Estado contratante en el cual el adoptado tiene su residencia habitual el día de la demanda de anulación o de revocación; b) Las autoridades del Estado en el cual, el día de la demanda de anulación o de revocación, el adoptante tiene su residencia habitual o en el cual, cuando se trata de una adopción por esposos, estos últimos tienen su residencia habitual; y, c) Las autoridades del Estado en el cual se ha decidido sobre la adopción.

5. Convención sobre el reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos, 1 de junio de 1970.

Según el artículo 2,: "Estos divorcios y separaciones de cuerpos serán reconocidos en cualquier Estado contratante, bajo reserva de las otras disposiciones de la presente Convención, si, en la fecha de la demanda en el Estado del divorcio o de la separación de cuerpos (en adelante denominando" Estado de origen):

1. El demandado tenía su residencia habitual.
2. El demandante tenía su residencia habitual y, además, una de las siguientes condiciones se daba:
 - a) Esta residencia habitual había durando al menos un año inmediatamente antes de la fecha de la demanda.
 - b) Los esposos habían residido allí juntos habitualmente.
3. Ambos esposos eran nacionalidad de este Estado.
4. El demandante era nacional de este Estado y, además, una de las condiciones siguientes se daba:
 - a) El demandante tenía su residencia habitual.



- b) Había residido allí habitualmente durante un período continuo de un año comprendido al menos parcialmente en los dos años que preceden a la fecha de la demanda.
- 5. El demandante del divorcio era nacional de ese Estado y además se daban las dos condiciones siguientes:
 - a) El demandante estaba presente en ese Estado el día de la demanda.
 - b) Los esposos habían residido juntos habitualmente en un Estado cuya ley no conocía el divorcio en la fecha de la demanda.
- 6. Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias, 2 de octubre de 1973.

Según el artículo 1 esta Convención se aplica “ a las decisiones en materia de obligaciones alimenticias de relaciones de familia, parentesco, de matrimonio o de afinidad, comprendiendo las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo, dictadas por las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante entre:

- 1. Un acreedor y un deudor de alimentos.
- 2. Un deudor de alimentos y una institución pública que persiga el reembolso de la prestación debida a un acreedor de alimentos.

Se aplica igualmente a las transacciones realizadas en esta materia ante estas autoridades y entre estas personas.”

La decisión dictada en un Estado contratante debe ser reconocida o declarada ejecutoria en otro Estado contratante: 1. Si ha sido dictada por una autoridad competente. Para efectos de la Convención la autoridad se considera competente si el deudor o el acreedor de alimentos tenían su residencia habitual en el Estado de origen al tiempo de la demanda, o si el deudor y el acreedor de alimentos tenían la nacionalidad del Estado de origen al tiempo de la demanda, o si el demandado se somete a la competencia sea expresamente o no alegando falta de competencia. 2. Si no puede ser objeto de recurso ordinario en el Estado de origen.

El procedimiento del reconocimiento o de la ejecución de la decisión se rige por el derecho del Estado requerido.

- 7. Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, 2 de octubre de 1973.

La Convención establece que la ley interna de la residencia habitual del acreedor de alimentos rige las obligaciones alimenticias. En caso de

cambio de la residencia habitual del acreedor, la ley interna de la nueva residencia habitual se aplica a partir del momento en que el cambio ha tenido lugar (art 4).

La ley nacional común se aplica cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor en virtud de la ley citada anteriormente.

En subsidio de las leyes anteriores, se aplica la ley interna respectiva.

El derecho de una institución pública de obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor está sometido a la ley que rige la institución.

8. Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, 14 de marzo de 1978.

Según el artículo 3 de la Convención: "El régimen matrimonial está sometido a la ley interna, designada por los esposos antes del matrimonio.

Los esposos no pueden designar más que una de las leyes siguientes:

1. La ley de un Estado del que uno de los esposos tiene la nacionalidad en el momento de esta designación.
2. La ley del Estado en cuyo territorio uno de los esposos tiene su residencia habitual en el momento de esta designación.
3. La ley del primer Estado, en cuyo territorio uno de los esposos establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio.

La ley así designada se aplica al conjunto de sus bienes.

Sin embargo, hayan o no procedido los esposos a la designación prevista por los párrafos precedentes, pueden designar, en lo que concierne a los inmuebles o a algunos de ellos, la ley del lugar donde estos inmuebles están situados. Pueden, igualmente, prever que los inmuebles que sean adquiridos en adelante quedarán sometidos a la ley del lugar de su situación".

Si los esposos, antes del matrimonio, no han designado la ley aplicable a su régimen matrimonial, éste estará sometido a la ley interna del Estado en cuyo territorio establezca su primera residencia habitual después del matrimonio.

9. Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, 14 de marzo de 1978.

Según esta Convención las condiciones de forma del matrimonio se rigen por el derecho del Estado de la celebración.

El matrimonio que ha sido válidamente concluido según el derecho del Estado de la celebración, o que resulta ulteriormente válido según este derecho, será considerado como tal en todo Estado contratante. Se considera igualmente válido el matrimonio celebrado por un agente diplomático o un funcionario consular, conforme a su derecho, a condición de que esta celebración no esté prohibida por el Estado de la celebración.

Cuando un certificado de matrimonio ha sido expedido por una autoridad competente, el matrimonio se presume válido hasta prueba en contrario.

10. Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 25 de octubre de 1980.

Esta Convención tiende a asegurar el retorno inmediato de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en todo Estado contratante. Igualmente, busca hacer respetar efectivamente en los demás Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado contratante.

11. Convención relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, La Haya, 1993.

Esta Convención, aprobada por Colombia por Ley 265 de 1996 y debidamente ratificada, adopta una serie de normas tendientes a buscar la cooperación internacional en materia de adopción internacional. Se busca tener en consideración el interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales, así como se trata de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Al analizar las convenciones anteriores, puede observarse que el criterio de la nacionalidad del menor se ha venido desplazando por el de su residencia habitual, desde el Convenio de ley aplicable a la tutela de 1902, luego el Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 1961, y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1980. Este cambio se debe a que se adoptó el "interés del menor" como criterio unificador.¹³

13 Y. Lequette, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *Recueil des Cours*, t. 246 (1994-II), *concr.pp.* 100-135.

5. Nuevas tendencias del derecho internacional privado de la familia

En el campo del derecho internacional privado de la familia se observan las siguientes tendencias:

- 5.1 Al interpretar las normas de derecho internacional privado debe el juez tener en cuenta los principios y valores establecidos en su respectiva Constitución Política.
- 5.2 Se observa la progresiva adopción de la residencia habitual entre los criterios de reglamentación de la competencia judicial internacional y del derecho aplicable en materia de protección de menores.¹⁴
- 5.3 En Europa se observa el desplazamiento del factor de conexión de la nacionalidad del menor por el de su residencia habitual en cuanto a la ley aplicable a la tutela como antes se expresó al enunciar los Convenios de La Haya sobre derecho de familia.
- 5.4 La adopción del principio de igualdad ha traído como consecuencia la supresión de toda referencia a la ley del marido o del padre en las legislaciones que mantenían tales conexiones.
- 5.5 Se puede notar la tendencia a darle aplicación al principio de la autonomía de la voluntad. Según Lagarde¹⁵ cuando los cónyuges no tienen la misma nacionalidad ni la misma residencia no se puede aceptar la propuesta del Instituto de Derecho Internacional en su reunión de El Cairo, de 1987, de permitir a los cónyuges elegir entre la ley nacional y la ley del domicilio cuando conduzcan a leyes diferentes. En este caso Lagarde expresa que se debe considerar que “ la autonomía es un remedio no sólo a la indeterminación de la norma de conflicto sino también a la relativa equivalencia de conexiones.”
- 5.6 En cuanto a la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, los sistemas alemán, español o italiano adoptan la autonomía de la voluntad, aunque todas reconocen la aplicación prioritaria de la ley nacional común. En Alemania y Holanda se aplica la autonomía de la

¹⁴ Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO. “ Nuevos elementos del Derecho Internacional Privado de la familia en Europa” en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, 1997, pag 97.

¹⁵ P. Lagarde, “ Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain”, Principios, objetivos y métodos del derecho internacional privado, Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de derecho internacional privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993, Madrid, Eurolex, 1995, p.28.

voluntad al divorcio y en Bélgica a la competencia judicial internacional en materia de divorcio por mutuo consentimiento para la cual no se exige ninguna vinculación personal ni territorial con este país.

- 5.7 El Convenio de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales permite la elección entre la ley nacional y la de la residencia habitual de uno de los cónyuges y, respecto de los inmuebles, la del lugar de su situación. El Convenio de La Haya de 1989 sobre sucesiones plantea la opción entre la ley nacional o de la residencia habitual del causante al momento de la elección o de la muerte.
- 5.8 Dentro del concepto de orden público internacional entendido como los principios y valores fundamentales del respectivo ordenamiento jurídico la tendencia es a no incluir la no discriminación por razón de sexo y la igualdad jurídica de los hijos.
- 5.9 Hay que tener en cuenta que la unificación en materia de derecho de familia es muy difícil, así como también la codificación, porque hay que tener en cuenta los principios constitucionales del respectivo ordenamiento jurídico.

6. Principios adoptados en las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado en relación con el derecho de familia y de menores

Las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado han constituido dentro de la Organización de los Estados Americanos una forma de unificar las normas de conflicto y algunas normas materiales de derecho de familia contenidas en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sobre Derecho Internacional Privado, el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, de 1928, adoptado por la VI Conferencia Panamericana de La Habana, y el Restatement of The Law of The Conflict of Laws de Estados Unidos de América.

Las Convenciones Interamericanas sobre Derecho de Familia y de Menores han sido las siguientes:

- 6.1 Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, La Paz, 1984.
- 6.2 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 1989.
- 6.3 Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, México, 1994.

- 6.4 Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Montevideo, 1989.
- 6.5 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Belém Do Pará, 1994; y,
- 6.6 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989.¹⁶

Estas Convenciones sólo rigen entre los Estados que las han ratificado, pero es posible observar en las mismas algunos principios básicos.

En un gran resumen se pueden deducir los siguientes principios de estas Convenciones:

1. En la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia, se reconocen los derechos de los niños sobre las bases de igualdad, atención prioritaria al interés superior del niño, deber del Estado de proteger los derechos de los menores, y deber de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres u otros miembros familiares. En Colombia estos derechos son de aplicación preferente sobre los derechos de los demás (art 44 Constitución Política). Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre el ordenamiento jurídico colombiano (art 93 de la Constitución Política).
2. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, fue aprobada por Ley 248 de 1995 y debidamente ratificada. Esta Convención trata de contribuir a la protección de los derechos de la mujer y eliminar las situación de violencia que puede afectar a la mujer.
3. En la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, ratificada por Colombia, se reconoce la adopción internacional cuando el adoptante o adoptantes tengan su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte. En cuanto a la ley aplicable se adopta la ley de residencia habitual del menor y la ley del domicilio del adoptante o adoptantes. Se aceptan los efectos extraterritoriales de la adopción y se establecen normas uniformes sobre esta materia.
4. En la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aún no ratificada por Colombia, se establece que la ley aplicable a las obliga-

¹⁶ Un análisis de todas estas Convenciones se encuentra en mi obra Derecho de Familia y de Menores, Edit Wilches, 5 edición, 1997, pag 585 y sigs.

ciones alimentarias será la ley más favorable al interés del acreedor, entre la ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, y la ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor. En cuanto a la competencia internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, se establece a opción del acreedor: a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o, c) El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Se establece el exequatur pero el control de los requisitos corresponde directamente al juez que deba conocer de la ejecución de la sentencia, quien actuará en forma sumaria y con audiencia de la parte obligada.

5. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aún no ratificada por Colombia, adopta un procedimiento breve y sencillo para resolver el problema consistente en que la custodia o tenencia o la guarda de un menor se ha visto interrumpida por haber sido retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley, dicho menor ha sido retenido ilegalmente en otro Estado diferente al de su residencia. La Convención toma como factor de conexión la residencia habitual del menor antes de su desplazamiento de su restitución. El procedimiento se hace a través de Autoridades Centrales. Respecto a la jurisdicción internacional para conocer de la solicitud de restitución de menores se establece en forma alternativa, a opción del actor: a) Ante las autoridades judiciales o administrativas, según lo determine la legislación interna del Estado Parte en cuyo territorio el menor hubiere tenido su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención; b) Ante las autoridades judiciales o administrativas previstas en la legislación interna del Estado en que se encuentra o se supone se encuentra al momento de instaurarse la demanda; y, c) Ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde se hubiere producido el hecho ilegal que dio motivo a la reclamación.
6. La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aún no ratificada por Colombia, tiene por objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores. Los puntos de conexión para determinar la ley aplicable al menor son la residencia habitual del menor, o la permanencia del menor en el territorio de un Estado Parte. Se adoptan procedimientos breves y sumarios por medio de las Autoridades Centrales. Los factores para determinar la competencia para conocer del delito relativo al tráfico internacional de menores, son los siguien-

tes: a) El Estado donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) El Estado Parte de residencia habitual del menor; c) El Estado Parte en que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y, d) El Estado Parte en que se hallare el menor que ha sido víctima del tráfico.

7. En materia de matrimonio y de divorcio la tendencia es hacia la adopción de la ley del lugar de celebración y el domicilio o residencia de los cónyuges o del cónyuge demandado en materia de divorcio o separación de cuerpos. Esto se deduce de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 y del Restatement estadounidense.

CONCLUSIONES

Del anterior análisis se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. El derecho de familia se ha internacionalizado como consecuencia de la internacionalización y globalización del derecho. Esto hace imperioso encontrar teorías y sistemas para resolver los conflictos de leyes y de jurisdicciones que se presentan. Por esta razón, cobran cada día mayor importancia los tratados sobre derecho internacional privado de la familia.

Asimismo, es conveniente la elaboración de leyes uniformes que contribuyen a solucionar los conflictos de leyes al armonizar la normatividad de los distintos Estados.

2. El derecho de familia se ha constitucionalizado. La mayoría de Constituciones consagran normas sobre la protección social, económica y jurídica de la familia y de sus integrantes.
3. Existe una interrelación entre los tratados de derechos humanos, las constituciones, y la legislación en materia de familia y de menores. En algunas Constituciones se establece la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos respecto del ordenamiento jurídico respectivo.

En todo caso, la protección de la familia se hace no sólo con normas constitucionales sino también internacionales.

4. La Conferencia de La Haya ha tenido una labor muy importante en la unificación de la forma de resolver los conflictos en materia de derecho de familia a través de las distintas Convenciones que se han adoptado.
5. Las Conferencias Interamericanas Especializadas del Derecho Internacional Privado en el ámbito interamericano han cumplido una labor muy importante, porque no sólo han unificado el sistema de solución de con-

flictos sino que en algunos casos han adoptado una legislación uniforme que sirve a los Estados americanos para unificar su normatividad.

Sería muy importante que todos los Estados americanos ratificaran las Convenciones antes mencionadas y desde luego para Colombia la ratificación reviste especial importancia como una forma de solucionar los conflictos que se presentan en esta materia con bastante frecuencia.

6. Las nuevas tendencias del derecho de familia buscan la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad y el reconocimiento de la dignidad de sus integrantes.
7. Se observa en derecho comparado que el derecho de familia tiende al reconocimiento de la igualdad de los cónyuges y de las parejas convivientes y gestión de los bienes conyugales, igualdad de derechos entre hijos, relaciones entre padres e hijos sin tener en cuenta si es familia matrimonial o no matrimonial, la regulación jurídica de la unión marital de hecho tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, la legislación sobre protección del deficiente mental, y la necesaria regulación sobre genética en su relación con el derecho de familia respecto de los problemas enunciados anteriormente.
8. La genética ha planteado la desvinculación entre el origen biológico y la paternidad o la maternidad.

La familia no ha perecido sino que se ha transformado. La familia es centro de realización de la persona humana. Por esta razón se respeta la autonomía de los cónyuges, se reclama su cooperación en un plano de igualdad en la crianza de la prole, y se garantiza la intimidad familiar y los derechos de la personalidad de todos. La familia ha adquirido un carácter comunitario ya que ambos padres la gobiernan de consuno. Como lo dice Furguele, "el imparable proceso evolutivo ha causado un gradual declinar de la función económica desarrollada por la familia en la época preindustrial, pero ha determinado una serie de nueva y diversa competencia especializada de la moderna sociedad conyugal en el sector psicológico y afectivo, para promover la inserción social de los hijos y valorizar la personalidad de los individuos. Con lo que la familia, en este proceso de interiorización e intimización, se hace más apta para cumplir sus esenciales misiones". Sólo mediante el fortalecimiento de la familia como núcleo esencial de la sociedad se podrá contribuir no sólo a la formación integral del ser humano sino a un mejor funcionamiento de la sociedad.