

El sistema cubre todo proceso civil, sea de naturaleza contenciosa o de materia graciosa.<sup>(16)</sup>

Debido a la organización corporativa de los abogados franceses, la resolución que acuerda la ayuda judicial es notificada al presidente de la orden de abogados respectiva (bâtonnier) quien designará al abogado que debe iniciar el asunto o seguir su tramitación. El abogado así designado debe prestar obligatoriamente sus servicios.<sup>(17)</sup>

Un sistema como el que hemos esquematizado permitiría que por medio de la ayuda judicial existiera un efectivo acceso a la acción civil, sin comprometer el carácter necesariamente formalista que debe tener el proceso en esta materia.

\* \* \*

El proceso civil debe adecuarse al principio constitucional de la libertad de petición. En esa óptica, deben tenerse siempre presentes, tanto a la hora de legislar como a la hora de dirigir un asunto concreto, los principios de la contradicción y de la defensa, que deben privar sobre formalismos sin sentido. Con tales principios y con instituciones que permitan a todos el acceso a la justicia, podrán los tribunales verdaderamente tener como mira el "asegurar la victoria de la justicia dentro del respeto de los principios directores de la instancia".<sup>(18)</sup>

## MATRIMONIO Y FAMILIA EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

(Breves apuntes sobre el artículo 16)\*

*Dr. Victor Pérez Vargas*

Profesor Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica.

(16) Cf. VINCENT, op. cit. p. 1024 ss; CATALA y TERRE, op. cit. p. 4 ss.; ley de 3 de enero de 1972 que instituye la ayuda judicial en Francia.

(17) Art. 23 de la ley citada. Cf. VINCENT, op. cit. p. 1029.

(18) MOTULSKY, op. cit. p. 276.

\* Estudio solicitado por la Asociación Costarricense pro NACIONES UNIDAS, con motivo de la celebración de los treinta años de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. San José, Agosto, 1978.



340

R

#24092

#### INTRODUCCION:

Mientras que en teoría la protección de los derechos humanos, tal como fue formulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, es una adquisición consolidada de la humanidad, debe reconocerse que, en la práctica, la existencia de graves disparidades es obstáculo demasiado grande para hacer posible una verdadera organización internacional;<sup>(1)</sup> la Declaración no crea verdaderas obligaciones para los Estados, no sirve en realidad para proporcionar efectivos remedios contra detenciones arbitrarias, confiscaciones arbitrarias de propiedades o discriminaciones raciales en materia laboral.<sup>(2)</sup> La Declaración, sin embargo, es de profundo valor en cuanto contribuye a establecer vinculaciones morales que, a menudo, encuentran concretización positiva en los diversos Ordenamientos<sup>(3)</sup> y en Convenios internacionales.<sup>(4)</sup>

La positivización de los enunciados no es tampoco garantía de realización de los postulados. En lo que se refiere a nuestro tema se ha observado, por ejemplo, que "los defensores de la familia parecen admitir de ordinario en su exhuberancia apologética que la familia es por sí misma, una especie de gracia automática, un medio favorable a la expansión espiritual de sus miembros".<sup>(5)</sup> De esta comunidad viviente ideal a la familia históricamente dada en nuestros tiempos hay una gran distancia. Frente al elevado grado de evolución de los valores en el plano formal encontramos el dato real: la efectiva realización de la persona como tal, la efectiva atribución de dignidad al ser humano se ve obstaculizada por graves desequilibrios que el mismo Gandhi denunció como la forma más atroz de violencia por su carácter sistemático.

- (1) FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964, p. 63. "Es meramente una exposición de principios carente de fuerza obligatoria" BOLETIN, Comisión Internacional de Juristas, N-18, marzo 1964, p. 7.
- (2) FRIEDMANN, op. cit., supra 1, p. 241.
- (3) Del 10 al 15 de enero de 1966 se celebró en Colombo, Ceilán, un coloquio internacional, entre cuyas conclusiones se lee: se recomienda "la introducción de cláusulas protectoras de los derechos humanos fundamentales a fin de hacerlos efectivos en las constituciones escritas que no enuncian garantías de esa índole" BOLETIN de la Comisión Internacional de Juristas, N-26, junio, 1966, Ginebra, ps 11 y 12.
- (4) V. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, Lagos, 1961. COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Aspectos dinámicos del Imperio de la Ley en la Epoca Moderna, Bangkok, Tailandia, febrero de 1965, Ginebra.
- (5) MOUNIER, op. cit., infra 26, p. 135.



Conscientes de las anteriores limitaciones nos proponemos, sin embargo, analizar brevemente el texto del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Haremos referencia a su circunstancia histórica y trataremos de precisar los instrumentos positivos que en Costa Rica contribuyen a la realización de los postulados ahí enunciados.

Desarrollo: El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

#### A) El párrafo primero:

El párrafo primero del artículo en examen establece como supuesto (figura jurídica primaria, o "hecho jurídico" casualmente entendido) lo que se denomina dentro de la reciente clasificación de A. Falzea un "evento relativo a la esfera orgánica":<sup>(6)</sup> el crecimiento. Se trata de un evento en cuanto en él no existe "iniciativa" del sujeto (como, en cambio, sí existe en los comportamientos); los eventos relativos a la esfera orgánica se denominan "hechos de vida"<sup>(7)</sup> para distinguirlos de los "hechos naturales" (que también son eventos) donde la esfera de incidencia es física; la etapa de crecimiento relevante en este supuesto causal es "la llegada a la edad núbil".<sup>(8)</sup>

En el Derecho de Familia costarricense ha sido fijada esta edad en quince años. Se considera inválido el matrimonio del menor de quince años. Se califica de "anulable". Establece el artículo 15, inciso 3 del respectivo Código: "Es anulable el matrimonio de la persona menor de quince años". El 65, por su parte, establece que esta forma de invalidez (el Código emplea equivocadamente la expresión "nulidad", tratándose, más bien, de una hipótesis de anulabilidad) podrá demandarse "en el caso de matrimonio de la persona del menor de quince años, por los padres o tutor del menor", en otros términos, por su representante legal. Agrega la posibilidad de que lo haga el menor asistido por un curador especial. La fijación de la "capacidad" matrimonial en la edad de quince años en Costa Rica resulta confirmada por los artículos 16 y 17 del Código de Familia. Si bien el primero de ellos prohíbe el matrimonio "del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o la tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1) del artículo 21 de este Código (que se refiere a los casos en que el asentimiento lo da el Tribunal: menores en estado de abandono así declarados judicial o administrativamente o huérfano carente

(6) V. FALZEA, Angelo, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1970, p. 412: En los hechos de vida, se afirman, se revelan "intereses relativos a los procesos vitales del hombre".

(7) Op. ult. cit., p. 414.

(8) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se lee: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención".

de tutor)", el artículo 17 establece que "el matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido".<sup>(9)</sup>

Verificado el supuesto causal analizado, "la llegada a la edad núbil", las valoraciones jurídicas que emanan, de conformidad con la Declaración, son de posibilidad, posibilidad axiológica de una conducta (poder): "casarse y fundar una familia". En cuanto posibilidad, desde el punto de vista lógico, se trata de la "no necesidad de lo contrario", facultad libre de particulares vínculos en una u otra dirección.<sup>(10)</sup>

Se confirma la ausencia de vínculo (en realidad lógicamente innecesaria la confirmación, en cuanto implícita en la valoración referida) con la expresión "sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión".

Resulta interesante destacar la significación histórica de la última expresión transcrita: la experiencia de la Segunda Guerra Mundial había mostrado al mundo los riesgos de una planificación estatal de la vida familiar, con criterios discriminatorios raciales, de nacionalidad y religión.

En efecto, los Ordenamientos totalitarios concibieron al Estado como un "organismo viviente",<sup>(11)</sup> lo que implicó diversas cosas: expansión "justificada" por el espacio vital (Lebensraum),<sup>(12)</sup> alma colectiva,<sup>(13)</sup> órga-

(9) Artículos del Código de Familia, Ley 5476 de 21 de diciembre de 1973, publicado en Alcance N-20 a La Gaceta N-24 de 5 de febrero de 1974 para entrar en vigencia 6 meses después de su publicación. Sobre el tema, en general, V. PUGLIATTI, Salvatore, Diritto Pubblico e privato, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano. BARCELLONA, P. Famiglia, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano. CAMPAGNA, Famiglia Legittima e famiglia adottiva, Giuffrè-ed., Milano, 1966. FALZEA, Angelo. La separazione personale, Giuffrè-ed., Milano, 1943. GRASSETTI, Cesare, Famiglia (diritto privato) Nov. Dig. It. Vol. VII, p. 47. BIANCA, Massimo, Famiglia (diritto di) Nov. Dig. It. Vol. VII, p. 72. BERTOLA, Arnaldo, Matrimonio (diritto civile) Nov. Dig. It. Vol. X, p. 353 y ss.

(10) Sobre la figura del poder en cuanto "juicio de posibilidad axiológica" que se resuelve en un juicio de "no necesidad" v. FALZEA, op. cit., supra 6, p. 300.

(11) "... entendemos al Estado como organismo viviente de un pueblo, que no sólo garantiza la conservación de éste, sino que le conduce al goce de la máxima libertad..." HITLER, Adolfo, Mi Lucha, Editorial Mateu, Barcelona, 1962. "Un organismo que abraza una serie ilimitada de generaciones..." ESCHMANN, Ernest Wilhelm, El Estado Fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937.

(12) "... la única posibilidad hacia la realización de una sana política territorial radicaba para Alemania en la adquisición de nuevas tierras" HITLER, op. cit., supra 11.

(13) El "espíritu del pueblo"; NOVALIS sostenía que la Nación es un verdadero organismo histórico viviente que encierra en sí el espíritu; para MÜLLER la unidad del Estado estaba en el alma nacional; para SCHELLING el gran organismo es el Estado animado por el espíritu del pueblo.



nos e individuos jerarquizados,<sup>(14)</sup> principios políticos aristocráticos,<sup>(15)</sup> necesidad de una cabeza<sup>(16)</sup> y unidad totalitaria.<sup>(17)</sup>

Esta concepción totalitaria produjo relevantes incidencias sobre la vida familiar: el control estatal de la temprana infancia,<sup>(18)</sup> la política de incremento de población mediante subsidios,<sup>(19)</sup> la legislación sobre eugenesia de 1933, en la práctica una política de esterilización y exterminio<sup>(20)</sup> y la legislación antijudía de 1935 y 1938.<sup>(21)</sup>

Los teóricos del movimiento llegaron a afirmar: "La pérdida de la pureza de la sangre destruye la felicidad interior, rebaja al hombre para siempre".<sup>(22)</sup> Hitler afirmó: "El Estado racista está obligado a cuidar que sólo los individuos sanos tengan descendencia".<sup>(23)</sup> "El imperativo de hacer imposible a los seres defectuosos la procreación de una descendencia también defectuosa es un imperativo de la más clara razón y significa, en su sistemática aplicación, la acción más humana de la humanidad".<sup>(24)</sup>

(14) "...valores entre las razas y también entre los individuos" HITLER, op. cit., supra 11. "...un nuevo sistema de desigualdad" ESCHMANN, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes cabe recordar que para BURKE la naturaleza implica jerarquía, para NOVALIS la visión orgánica de la sociedad implica subordinación y jerarquía, para MÜLLER la tesis organicista implica desigualdad y jerarquía; estas ideas se encontraban ya en La República de PLATÓN.

(15) "...la selección de los mejores". HITLER, op. cit., supra 11.

(16) "...encarna nuestro movimiento el principio de la autoridad absoluta del Führer que a su vez supone la máxima noción de responsabilidad". HITLER, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes cabe recordar que VON SCHLEGEL hablaba de la unión vital entre la cabeza y los miembros; HEGEL hablaba del caudillo como encarnación de lo universal.

(17) "Todo en el Estado, nada fuera del Estado" decía MUSSOLINI. "El individuo es tan sólo un elemento dentro de un todo orgánico". ESCHMANN, op. cit., supra 11. En cuanto a antecedentes recordamos la tesis de NOVALIS de que el ciudadano perfecto vive totalmente en el Estado y la de MÜLLER de que el hombre fuera del Estado es inconcebible. FICHTE afirmaba que el individuo es parte del todo social al cual está subordinado.

(18) V. MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas políticas económicas. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 198.

(19) Aunque —sostiene Sabine— "la necesidad de expansión territorial era sostenida al mismo tiempo, sobre la base de que Alemania ya estaba superpoblada" SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p. 648. En Italia, por su parte, había medidas financieras como "bonificación progresiva en el impuesto sobre la renta para los padres de familias numerosas" ESCHMANN, op. cit., supra 11, p. 122. Relata ahí el autor citado: "concursos públicos con altos premios en metálico, para los 10 niños más hermosos que hubieran nacido dentro del plazo del noveno al décimo mes siguiente a la convocatoria del concurso".

(20) SABINE, op. cit., supra 19, p. 649.

(21) Fueron proscritos los matrimonios entre alemanes y personas con la cuarta parte (o más) de ascendencia judía. SABINE, op. cit., supra 19, p. 649.

(22) ROSENBERG, Alfred. El mito del siglo XX.

(23) HITLER, op. cit., supra 11, p. 188.

(24) HITLER, op. cit., supra 11, p. 134. Estos argumentos han sido refutados en

Como se ha visto, las dimensiones de la reacción totalitaria fueron radicales. La justificación del movimiento nacional socialista, aunque tenía antecedentes en el idealismo alemán, en Fichte y Schelling, y en Burke, Novalis y Carlyle, es fundamentalmente de tipo positivista. El criterio de valoración no podía ser otro que aquel que las mismas disposiciones positivas estatales determinasen. No entraremos a analizar aquí los múltiples factores de la segunda guerra mundial; lo cierto es que, terminada ésta, la humanidad vuelve los ojos hacia algo que se creía superado: los derechos humanos.

Frente al totalitarismo en la regulación de la vida familiar se afirma la privacidad doméstica<sup>(25)</sup> y la libertad de escogencia de estado civil,<sup>(26)</sup> sin particulares exclusiones, en el entendido de que se trata de actuar dentro de los límites del Ordenamiento. Esta libertad deriva del "poder de decidir por sí mismo sobre sus propios actos que tiene el individuo".<sup>(27)</sup>

Es dentro del anterior contexto histórico que resulta comprensible la formulación del "derecho a casarse y fundar una familia" del párrafo primero del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El mismo párrafo comentado establece el principio de igualdad entre cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.<sup>(28)</sup>

Las implicaciones positivas del enunciado pueden observarse a nivel constitucional y a nivel legislativo:

a) Aspectos constitucionales: En los diversos Ordenamientos positivos se encuentra formulado con rango constitucional el principio de igualdad

el sentido de que: "En esta perspectiva de biólogos filósofos, no hay problema más que con relación a las personas, escoger biológicamente a la pareja, hacerla proliferar y seleccionar el producto, para asegurar el predominio cualitativo y cuantitativo de la raza sobre las razas concurrentes, o, al contrario, limitar los nacimientos para asegurar al conjunto de la especie un mínimo de confort, estos son problemas de cría de ganado". MOUNIER, op. cit., infra 26, p. 136 y 137.

(25) El comunitarismo francés afirma que en el hogar la persona constituye su vida de persona; está al nivel de las cosas eternas. MARITAIN, Jacques. Los derechos del hombre. Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972, p. 26. La jurisprudencia francesa ha establecido claramente el derecho de toda persona a su vida privada. V. REVISTA DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, N-5, marzo, 1970.

(26) V. MOUNIER, Emmanuel. Manifiesto al servicio del personalismo. Taurus, Madrid, 1965. p. 139.

(27) BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Instituto de Derecho Privado. Editorial Universitaria de Costa Rica, 1978, p. 22.

(28) En Italia, antes de la reciente reforma, ésta fue una elaboración de la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias N-133 y 128 de 1970, N-126 y 127 de 1968 y N-147 de 1969. V. MAMMUCARI-LUZI, Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale, Giuffrè-ed, Milano, 1968. V. tamb. PIZZI, Annarosa, Problemas de la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. IV, N-2, 1963, Ginebra.



conyugal.<sup>(29)</sup> Se ha dicho que "la estructura interna de la comunidad familiar descansa sobre el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges (que a su vez deriva del principio general de igualdad)".<sup>(30)</sup>

En Costa Rica, la Constitución Política de 7 de noviembre de 1949 establece que el matrimonio "es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges" (artículo 52).

Cabe observar que con ello parece haberse dejado fuera de la tutela constitucional la unión de hecho. En realidad esa institución ya se ha incorporado al Ordenamiento, si bien mediante esporádicas disposiciones.<sup>(31)</sup> Carecemos, sin embargo, de una normativa adecuada.<sup>(32)</sup> En todo caso, la esencialidad a que se hace referencia ha de entenderse como "primordialidad", no como "exclusividad".

b) Aspectos legislativos: La tendencial equiparación conyugal en nuestro Derecho Positivo resulta observable en algunas disposiciones del nuevo Código de Familia. Así, la que establece, por ejemplo, que la responsabilidad y gobierno de la familia son compartidos por ambos cónyuges (artículo 34 C.F.) es una aplicación del principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (artículo 2 C.F. y 52 de la Constitución Política). La regla referida es seguidamente desarrollada en el mismo artículo que establece que los asuntos domésticos y las cuestiones relativas a los hijos deben regularse conjuntamente.<sup>(33)</sup>

(29) En la Unión Soviética, por ejemplo, artículo 122: "La mujer tiene en la URSS iguales derechos que el hombre en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política". Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Editorial Progreso, Moscú, p. 93.

(30) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 704. Estos principios han sido criticados desde una posición conservadora: "La declaración dogmática que contiene el artículo 4 constitucional en el sentido de que el varón y la mujer son iguales ante la ley es contraria a la condición natural... la igualdad legal absoluta entre ellas no puede existir". BURGOA, Ignacio, p. 300. Sobre el tema v. ORTIZ, Gonzalo, Análisis de los articulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, N-3, mayo de 1964, ps. 70 y 71.

(31) Un reconocimiento implícito de la familia de hecho en Costa Rica puede verse en el artículo 142 del Código de Familia. V. tamb. art. 47 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social y art. 4 de la Ley N-1922 de 5 de agosto de 1955.

(32) V. ODIQ, Elizabeth, Familia de hecho. Revista Judicial, N-8, junio, 1978. Corte Suprema de Justicia, San José, p. 45 y ss (Relación costarricense para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado, celebradas en San José en setiembre de 1977).

(33) Interesa anotar que en Francia el artículo 213 del "Code Civil" preve la dirección conjunta de la familia por parte de ambos cónyuges. El presidente de la Comisión de reforma explicó esta disposición diciendo que "la verdadera cohesión no depende de la autoridad de uno de los cónyuges; tal concepción autoritaria sólo puede conducir a conflictos; ella depende de la unión de los esposos" DOYEN JULIOT DE LA MORANDIERE, propos cités par M. le Garde des Sceaux lors des débats parlementaires, J.O. Débats A.N. 9 avril 1970, cit. p. CAMELBEKE, Micheline, Les réformes du droit de la famille en France au cours de la dernière décennie, Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N-3 de 1974, Giuffrè-ed, Milano, p. 791.

También los deberes genéricos de respeto, fidelidad y socorro se fundamentan en la nueva legislación en un igual tratamiento de ambos cónyuges y encuentran tutela en diversas disposiciones del citado Código, en particular en lo que se refiere a las causales de divorcio (artículo 48 del Código de Familia) y separación judicial (artículo 58 C.F.).<sup>(34)</sup>

En lo que se refiere a la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el nuevo Código establece la tendencial equiparación de los cónyuges, con una única excepción, que no deja de ser un legado de la antigua concepción autoritaria: el predominio provisional de la opinión del padre en caso de conflicto (art. 138 C.F.).

#### B) El párrafo segundo:

El párrafo segundo del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece como supuesto indispensable del matrimonio el "libre y pleno consentimiento de los futuros esposos".

Con relación a esta disposición son aplicables las consideraciones realizadas sobre la libertad de escogencia de estado civil. También cabe recordar la existencia de concretas normas positivas en nuestro Código de Familia sobre el consentimiento, como la que preceptúa: "Para que exista matrimonio el consentimiento de ambos contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso" (art. 13 C.F.), la que determina la anulabilidad del matrimonio "en el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro" (art. 15 inciso 1 C.F.) y la que establece la anulabilidad del matrimonio "del que padezca incapacidad mental al celebrarlo..." (art. 15 incisos 2 y 3 C.P.)

#### C) El párrafo tercero:

El párrafo tercero del artículo en examen establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".<sup>(35)</sup>

(34) V. desarrollos del tema en PEREZ, Víctor, El nuevo derecho de familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976, San José, p. 31 y ss.

(35) V. ORTIZ, op. cit., supra 30, p. 171. Sobre este carácter esencial se han planteado algunas discusiones. Algunos han llegado a ver en la pérdida de funciones tradicionales una tendencia de la familia a desaparecer. Así MAO TSE TUNG, La famiglia scomparirà. Conferencia de Cheng tu, 1958, marzo, publicado en Lotta continua, 29 setiembre de 1974. En contra de esta idea v. MANN, Thomas, Sul matrimonio, Scritti minori, Parte III, Saggi vari. Vol. XII, Tutte le opere, Mondadori, Milano, p. 455. Desde otro punto de vista se ha afirmado que "en la sociedad dividida en clases, basadas sobre la propiedad privada la familia conserva la función de determinar la posición social de las generaciones sucesivas" BAUMAN, Zigmunt, Lineamenti di una sociologia marxista, Editori Riuniti, Roma, 1971, p. 340. Sobre la disolución de las funciones familiares v. OGBURN, The family and its functions, Selected Essays on Family Law, Association of American Law Schools, Brooklin, 1950, ps. 20 a 22.



"Se establece en la nueva legislación, en términos generales, la existencia de un interés a la familia ("Es obligación del Estado proteger a la familia", según el texto del artículo primero del Código respectivo). Hablo de interés "a la familia"<sup>(36)</sup> y no de "interés familiar" o "interés de la familia"<sup>(37)</sup> por cuanto, en la nueva legislación, la familia no se presenta como titular de ninguna situación jurídica, y, en consecuencia de ningún interés jurídico.<sup>(38)</sup> Pensar en un interés *de la* familia implicaría otorgar a ésta subjetividad, lo cual resulta excluido con base en un examen analítico de la nueva ley".<sup>(39)</sup>

La afirmación pluralista (porque comprende que el desarrollo de la persona humana reclama normalmente una pluralidad de comunidad autónomas) de la familia, de su importancia y de la especial tutela que merece, es también comprensible históricamente en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como reacción frente a los sistemas totalitarios. Se ha afirmado al respecto: "La familia es una comunidad natural de personas; es, pues, superior al Estado, que no es más que un poder de jurisdicción. Sus derechos, posteriores a los de sus miembros, son anteriores a los del Estado en todo lo que respecta a su existencia como comunidad y al bien de sus miembros como personas".<sup>(40)</sup>

Con estos postulados se propugna "una civilización más sensible a los valores de la persona que a los de la razón geométrica que vea en la institución familiar una adquisición definitiva, el medio humano óptimo para la formación de la persona".<sup>(41)</sup>

En el Derecho de Familia costarricense encontramos diversas disposiciones encaminadas a estas finalidades: el artículo primero del Código de Familia preceptúa: "Es obligación del Estado proteger a la familia"; el número 2 fija la "unidad de la familia" como uno de los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código"; el artículo 6 establece una exención de impuestos y timbres para los actos de aplicación del Código; el 42 regula la afectación del inmueble familiar: "El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges. Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del

(36) Según la expresión de LIPARI, Nicolo, *Diritto Privato, Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1974, p. 168.

(37) Sobre el tema v. PEREZ, Víctor, Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N-27, 1975, San José, ps. 117 y ss.

(38) Sobre el problema de la subjetividad de la familia v. CAMPAGNA, op. cit., supra 9, p. 65. v. tamb. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las Personas*, Instituto de Derecho Privado, Universidad de Costa Rica, San José, 1974, p. 56 y ss.

(39) V. PEREZ, op. cit., supra 34, p. 24.

(40) MOUNIER, op. cit., supra 26, p. 145.

(41) Op. ult. cit., p. 133.

propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente"; el 48, en cuanto establece que "El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio...".

Junto a los anteriores principios relativos a la tutela de la unidad familiar, "encontramos en el nuevo Código una privatización y una funcionalización del Derecho de Familia en el sentido de que lo que se persigue es otorgar la máxima tutela al grupo, pero considerando que éste es funcional para la tutela de sus componentes, con la que encuentra justificación la misma disolución del grupo (por ejemplo mediante el divorcio)<sup>(42)</sup> cuando los intereses jurídicamente relevantes de sus miembros no encuentran realización armónica dentro del grupo (familiar).<sup>(43)</sup> En síntesis, la tutela del grupo está condicionada al hecho de que éste realice la tutela de los individuos que lo integran. La unidad de la familia que antes justificaba su estructura jerárquica, se encuentra en el nuevo Código al mismo nivel que "el interés de sus componentes".<sup>(44)</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- BARCELONA, P. *Famiglia*. Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed, Milano.
- BAUMAN, Zigmunt, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Editori Riuniti, Roma, 1971.
- BERTOLA, Arnaldo, *Matrimonio (diritto civile) Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Vol. X.
- BIANCA, Massimo, *Famiglia (diritto di) Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, Vol. VII.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973.
- BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela, Instituto de Derecho Privado, Editorial Universidad de Costa Rica, 1978.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa S. A. México, 1978.
- CAMELBEKE, Micheline, *Les reformes du droit de la famille en France au cours de la dernière decennie*, Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N-3, 1974, Giuffrè-ed, Milano.
- CAMPAGNA, *Famiglia legittima, famiglia adottiva*, Giuffrè-ed, Milano, 1966.
- (42) V. PEREZ, Víctor. *El divorcio en Costa Rica*, *Revista Judicial* N-2, diciembre de 1976, p. 47 y ss.
- (43) En la Convención Americana de Derechos Humanos se expresa: "En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".
- (44) PEREZ, op. cit., supra 34, p. 59.



- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Aspectos dinámicos del Imperio de la Ley en la Epoca Moderna, Bangkok, Tailandia, Febrero de 1965, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Boletín, N-26, junio 1966, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Boletín, N-18, marzo 1964, Ginebra.
- COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, Revista. N-5, marzo 1970.
- ESCHMANN, Ernst Wilhelm, El Estado fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937.
- FALZEA, Angelo, La separazione personale, Giuffrè-ed, Milano, 1943.
- FALZEA, Angelo, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1970.
- FRIEDMANN, Wolfgang, The Changing Structure of International Law. Columbia University Press, New York, 1964.
- GRASSETTI, Cesare, Famiglia (diritto privato), Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, Vol. VII.
- HITLER, Adolfo, Mi Lucha, Editorial Mateu, Barcelona, 1962.
- LIPARI, Nicolo, Diritto Privato, Una ricerca per l'insegnamento, Laterza, Bari, 1974.
- MAMMUCARI-LUZI, Il diritto di famiglia nelle decisioni della Corte Costituzionale, Giuffrè-ed, Milano, 1968.
- MAO TSE TUNG, La famiglia scomparirà, Conferencia de Cheng tu, Lotta continua, 29 setiembre de 1974.
- MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre, Editorial La Pleyade, Buenos Aires, 1972.
- MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas político-económicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- MORANDIERE, Doyen Julliot de la, propos cites par M. le Garde des Sceaux lors des debats parlementaires, J.O. Debats A.N. 9 avril 1970.
- MOUNIER, Emmanuel, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965.
- ODIO, Elizabeth, Familia de hecho. Revista Judicial N-8, junio 1978, Corte Suprema de Justicia, San José.
- OGBURN, Tha family and its functions, Selected Essays on Family Law, Association of American Law Schools, Brooklin, 1950.
- ORTIZ, Gonzalo, Análisis de los articulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, N-3, mayo de 1964.
- PEREZ, Víctor, El divorcio en Costa Rica, Revista Judicial, N-2, diciembre de 1976, Corte Suprema de Justicia, San José.
- PEREZ, Víctor, El nuevo Derecho de Familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1976.
- PEREZ, Víctor, Existencia y Capacidad de las Personas, Instituto de Derecho Privado, Universidad de Costa Rica, 1974. Ultima edición Editorial Lex Loci.

- PEREZ, Víctor. Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia", Revista de Ciencias Jurídicas, N-27, 1975, San José.
- PIZZI, Annarosa, Problemas de la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. IV, N-2, 1963, Ginebra.
- PUGLIATTI, Salvatore, Diritto pubblico-diritto privato, Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed, Milano.
- ROSENBERG, Alfred, El mito del siglo XX.
- SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.