

LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

DOCTRINA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA DE LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y UNIVERSAL

I. INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos, si bien, no cabe duda, son inherentes a la persona humana por su condición de tal, ello no se entendió así desde siempre, ni mucho menos se fueron reconociendo todos los derechos que ahora estudiamos, pues, se trata de un concepto que se ha ido construyendo y consolidando a través de la historia de acuerdo a sus necesidades y no siempre de forma pacífica.

La protección de los Derechos Humanos se encuentra en evolución y desarrollo, estando consagrada tanto en la normativa interna de los Estados como a nivel internacional, ello a través de normas, procedimientos e instituciones, que no sólo abrazan una *protección al hombre en sí*, en su aspecto individual o personal, pues, no cabe duda que merece tal protección en su naturaleza y dignidad; sino que, tiene relevancia también su aspecto social o colectivo, dentro de este encontramos a *La Familia*.

Siendo así, es harto conocido que *La Familia*, célula básica, es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que merece protección especial, enmarcándose la misma a nivel internacional dentro de la "Protección Internacional de los Derechos Humanos", y si bien, en el Sistema Internacional, doctrinariamente le correspondería su regulación como Derechos Sociales, y su positivización en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, a que hemos hecho referencia en el capítulo precedente; también la encontramos en *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, es por ello, como veremos a lo largo de esta lectura, que el "Comité de Derechos Humanos", que se encarga de supervisar el cumplimiento de este último, es el organismo que nos viene brindando importantes pautas para su protección. La presente lectura no constituye un estudio exhaustivo ni menos acabado sobre la **Protección Supranacional a la Familia**, lo cual acarrearía una investigación mucho más profunda de las sentencias, informes, observaciones, recomendaciones, etc., de cada uno de los organismos internacionales y de todas formas tratar otras esferas de derechos vinculados e introducirse en los temas de las protecciones especiales a ciertos grupos vulnerables, como los derechos de las mujeres y los derechos de los niños.

La intención es otorgar al alumno de *Maestría en Derecho de Familia*, una presentación muy general del tratamiento en el ámbito internacional de estos derechos y motivar su estudio, pues, para cualquier investigación medianamente seria, se tiene que presentar siempre no sólo una visión del derecho comparado, sino también el enfoque que se tenga del mismo desde un punto de vista del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, rama del derecho relativamente nueva, que viene evolucionando vertiginosamente y no cabe duda, constituye un estándar mínimo para la regulación e interpretación de la Protección de los Derechos Humanos en los ámbitos internos.

II. CONCEPTO DE FAMILIA

La **Familia**, para la comunidad internacional, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado, tal como así se ha reconocido en diferentes instrumentos internacionales¹, así como regionales²; siendo tal la importancia que se le otorga en este ámbito, que está consagrada en el preámbulo de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", que señala "*...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*", de modo similar lo contemplan los "Pactos de Derechos Civiles y Políticos"³, así como el "Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales"⁴ y dentro de los Instrumentos específicos en la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"⁵, entre otros documentos.

Sin embargo, a nivel internacional, no existe una definición de lo que debemos entender como una Familia, lo cual no constituye una deficiencia ni mucho menos; pues, La Familia al ser una unidad fundamental y natural de la sociedad, es esencialmente evolutiva y diversa como lo es la

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 16 - inciso 3.

² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 17.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

sociedad misma, abarcando diferentes vínculos que dependen de factores sociales, culturales, económicos, religiosos y afectivos.

Siendo así, encontrar una definición que contemple el entendimiento de lo que es una Familia aplicable a todos los países por igual, no es posible, pues, se puede incurrir en distinciones, exclusiones o restricciones, que afecten a alguna de las formas sociales existentes, lo que podría devenir en discriminaciones que atenten contra el *Estándar de Protección* que se quiere difundir a través de los *Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos*.

Justamente, la carencia de optar por una definición determinada de lo qué es la Familia, debemos entender que la protección no es una a forma de Familia específica, sino que la protección que quiere abarcar la comunidad internacional es a las Familias en general, sea cualquiera la forma que tome en las diferentes sociedades.

Como ya se ha visto en el tema precedente, los Comités van periódicamente dictando *Observaciones Generales*, aplicables a todos los Estados partes, referentes a ciertas materias que han llamado la atención especial del organismo al revisar los Informes Estatales y las Comunicaciones Individuales que les han sido presentadas.

En este sentido el "Comité de Derechos Humanos", ha dictado importantes *Observaciones Generales*, que las vamos a tomar en cuenta a lo largo de este trabajo. Es así, que en la *Observación General Nro. 16*, ha indicado, que:

"Comité de Derechos Humanos" (O.G.16)

Refiriéndose al término Familia, señala que el mismo debe interpretarse como un "Concepto amplio que incluya a todas las personas que componen La Familia, tal como se entienda en la sociedad del Estado parte".

La ausencia de las definiciones del concepto de Familia se debe a la "necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto que vaya en función del contexto socio cultural".

Debemos hacer notar que en las normas internacionales que regulan la protección a ciertos grupos especiales, como lo son los niños, los discapacitados, las mujeres, los trabajadores migratorios, etc.; encontramos la existencia de una única definición consagrada a nivel internacional, me estoy refiriendo a la "Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias", definición que si bien es particular para esta convención, sin embargo no contiene una regulación cerrada, o mejor dicho una definición determinada de lo que es una Familia, sino todo lo contrario, pues, la misma es bastante extensiva y permite la inclusión también de cualquier otra forma de familia; veamos:

"Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias"

"Artículo 4.- Para los efectos de la presente convención el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellas una relación que, de conformidad con el derecho aplicable produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidos como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los estados de que se trate".

2.1. Regulación Interna del Derecho de Familia

El "Comité de Derechos Humanos", en la Observación General número 19, ha reconocido que si bien no es posible dar una definición que sea de carácter uniforme que involucre a todas las familias y entiende que su regulación compete hacerse en el derecho interno de cada país, sin embargo reconoce que esta regulación debe gozar de una protección adecuada en el ámbito internacional, veamos:

"Comité de Derechos Humanos" (O.G.19)

"El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23⁶".

2.2. De las Regulaciones Restrictivas

Si bien queda claro, que la protección general a Las Familias por el derecho internacional es a las que se reconozcan en los ámbitos internos, independientemente de cualquiera que sea su composición; sin embargo, es importante hacer notar que en estas regulaciones no pueden establecerse normas que menoscaben el contenido esencial de la protección internacional.

⁶ Se refiere al Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra señala "..."

Con respecto a la regulación interna de Protección a la Familia, la doctora Ana Elena Bobadilla⁷, en su análisis del "Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", precisa que; "No indica la Convención (refiriéndose a la Convención Interamericana de Derechos Humanos), a qué tipo o tipos de familia se refiere. Aplicando el Principio Jurídico de que no se puede distinguir donde la Ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general a todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del **derecho esencial** establecido en este instrumento internacional" (la negrilla es nuestra).

La "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pronunciándose sobre el Derecho a la Protección de la Familia, en el caso de *Eugenia Morales vs. Guatemala*, (que lo veremos más adelante), advirtió;

"Comisión Interamericana de Derechos Humanos"

"El Artículo 17(1) de la Convención Americana establece los derechos vinculados a la vida Familiar de acuerdo a las disposiciones que, como "elemento natural y fundamental de la sociedad" la familia "debe ser protegida por la sociedad y el Estado". El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esta vía se introducen no deben ser tan restrictivas que "se dificulte la propia esencia del derecho".⁸

En igual sentido se encuentra regulado en la "Convención Americana de Derechos Humanos", al señalar en el artículo 29, sobre las normas de interpretación que:

"Convención Americana de Derechos Humanos"

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (...)"

Cuando un Estado ha suscrito un Tratado de Derechos Humanos, como lo puede ser la "Convención Interamericana de Derechos Humanos", asume determinadas obligaciones que tiene que cumplir, dentro de ellas al tenor de la mencionada Convención, está la de **Respetar** los derechos reconocidos (1.1. CADH), conjuntamente con la de adecuar sus disposiciones legislativas o de otro carácter a la Convención (2 CADH). En el caso que se infringe el tratado, se incurre en responsabilidad, no solamente cuando se expide una normatividad contraria a la protección que el tratado otorga; es decir, no sólo se incumple el tratado por "acciones" concretas del Estado, sino que también se transgrede la normatividad internacional cuando no se adecua el derecho interno o no se expide una normatividad que es necesaria para darle contenido a la protección que se está asumiendo; por ende, las regulaciones restrictivas pueden ser por **acción** o por **omisión**.

En este sentido, en el ámbito internacional, vemos que la Observación General Nro. 28 y 29 de Marzo del año 2000, expedida por el "Comité de Derechos Humanos", advierte que las restricciones sancionadas que se pueden dar dentro de los Estados a las regulaciones de la Familia, no sólo pueden ser por el otorgamiento de normatividad en detrimento de los Derechos de la Familia, es decir, incumplir el deber de *Respetar* los Derechos Humanos consagrados en los tratados, por *acciones*; sino también se incumple el deber de *Respetar* por no adecuar la legislación a fin de que se protejan los derechos de las diferentes Familias de acuerdo al marco internacional, con ello, el Comité reconoce que pueden haber *omisiones* que igualmente pueden ser lesivas, especialmente cuando son necesarias para aquellas familias que se hallen en condiciones de necesidad, así vemos:

El "**Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas**" se ha pronunciado al respecto, señalando que: (O.G. 28 y 29)

"Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad del trato de la mujer en esos contextos (véase la Observación general Nro. 19, párrafo 2). La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos y los Estados partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que puedan cumplir las funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar".

Finalmente, debemos concluir que, sea cual fuese la posición adoptada para definir a la familia, se la debe reconocer como un punto sensible y fundamental en el bienestar y desarrollo de la sociedad, pues, "la familia (es) el reflejo más completo de los puntos fuertes y débiles del bienestar social y de desarrollo y, como tal, ofrece un enfoque singularmente comprensivo para

⁷ BOBADILLA, Ana Elena. El derecho a Constituir y a la Protección de la Familia en la Formativa y la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>.

las cuestiones sociales. La Familia, como Unidad básica de la vida social, es el principal agente del desarrollo sostenible en todos los niveles de la sociedad y aporta una contribución decisiva para el éxito de ese proceso⁹.

III. TIPOS DE FAMILIA

La diversidad de países y aún de las sociedades dentro de ellos, hace que no sea adecuado tener un concepto determinado de Familia, sino dejar esa tarea a la regulación interna de cada Estado, las que gozaran de la protección adecuada en el Sistema de Protección de la Comunidad Internacional:

Sin embargo, en la normatividad de grupos especiales, en recomendaciones u observaciones y en la jurisprudencia de los organismos internacionales, ha habido la oportunidad de dar algunas pautas sobre los Tipos de Familias que merecen reconocimiento y sobre todo de aquellos que no se adecuan o por su formación, transgreden otros derechos, por lo que recomienda su erradicación, veamos:

La "Convención Sobre los Derechos del Niño", en su Artículo 5to. Obliga a los Estados a reconocer y respetar los derechos y deberes de las Familias Ampliadas¹⁰, de modo similar, la "Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias", en su Artículo 4to.¹¹, extiende su protección a la pareja casada o aquella que tengan los mismos efectos, a los hijos y otras personas a su cargo.

El "Comité de Derechos Humanos", en la Observación General 19, hace referencia a la existencia de cuatro tipos de familia, a saber: La nuclear, la extendida, la monoparental y la compuesta de una pareja no casada y sus hijos, veamos:

"Comité de Derechos Humanos"(O.G. 19)

"...los Estados deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros".

En algunas comunicaciones individuales, ante el "Comité de Derechos Humanos", se ha invocado protección a ciertos tipos de familias, es así:

En el caso *X vs Australia*¹², el autor indicaba ser miembro de una nación aborigen de Nueva Gales del Sur, casado con una persona no aborigen con quien tuvo tres hijos, quienes habitaban en una casa construida con préstamo especial para los aborígenes, por lo que era considerada por el pueblo como tierra aborigen; al separarse la pareja, se entregó la custodia de los hijos a la madre. El padre alegaba que no se tomó en cuenta la pertenencia de los niños a una cultura aborigen y solicitó la custodia compartida con la madre; la misma que respondió al reclamo, indicando que el autor como dirigente del pueblo viajaba mucho, permaneciendo fuera del hogar por largos periodos. El fundamento del autor era que en la cultura de su pueblo, la "familia extendida" participaba en la crianza y educación de los niños: Los abuelos, tíos y primos y que ello era imprescindible para la correcta crianza. Lamentablemente al no haber agotado el autor los recursos internos en su país, el Comité la declaró inadmisibles, sin emitir pronunciamiento del fondo, que hubiese sido sumamente interesante.

Una decisión importante en este tema, fue la *Comunicación 68* de 1980, se trata del caso *A.S. vs. Canadá*¹³, en la cual el denunciante, ciudadano polaco residente en Canadá solicitó permisos de residencia para su hija y nieto de nacionalidad polaca, para que puedan residir con él en Canadá; los permisos les fueron denegados. El autor denunció que ello era violatorio de los artículos 17 -injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada y de su familia- y artículo 23 -Protección de la familia- del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

EL "Comité de Derechos Humanos" en su pronunciamiento indicó:

⁹ Informe del Secretario General sobre los avances en la preparación del Año Internacional de la Familia. Cuadragésimo octavo periodo de sesiones. Temas 110 del programa provisional. Asamblea General A/48/293, 19 de Agosto de 1993.

¹⁰ Convención Sobre los Derechos de los Niños. Artículo 5º.

¹¹ Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Artículo 4º.

¹³ Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación CCCPR/C/46/68/1980.

"Los artículos 17 y 23 establecen que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y que la familia tiene derecho a la protección del Estado, estos artículos no son aplicables, con excepción de: un **breve periodo** de 2 años hace 17 años, AS y su hijo adoptivo no han **vivido juntos** como una familia"¹⁴.

En el año 1990 se tramitaron dos comunicaciones en conjunto por el mismo Comité, me refiero a los *casos Oulajin vs Países Bajos*¹⁵ y *Kaïss vs Países Bajos*¹⁶; se trataba de dos trabajadores migrantes de nacionalidad marroquí que vivían y trabajaban en Holanda, habiendo ambos dejado a sus cónyuges e hijos en Marruecos. El hermano de uno de los autores murió y de acuerdo con la cultura marroquí, debía asumir la crianza de sus sobrinos. Por otro lado, el padre del otro, falleció dejándolo con la obligación de criar a sus hermanos menores. En ambos casos los autores cesantes, solicitaron prestaciones de seguridad social a favor de los menores, afirmando que equivalían al concepto de "*menores a su cargo*" y que les alcanzaba la protección de ese país. El Estado denegó la prestación social, justificando su decisión en que debía existir un nexo cercano entre el padre y el "hijo adoptivo"; los autores alegaban que ello era un requisito que no se exigía para beneficios a favor de los "hijos biológicos".

El "**Comité de Derechos Humanos**" afirmó que;
"... la exigencia que los llamados "*menores a su cargo*" vivieran con el solicitante de prestaciones, era tanto objetiva como razonable, por lo que en este aspecto no hay discriminación."

De estos casos podemos desprender que el Comité considera a la Familia merecedora de protección, a aquella que no solamente tenga lazos de parentesco o que por tradiciones culturales se extiendan las obligaciones familiares a un grupo más amplio, sino que es necesaria la existencia de una "**vida familiar**" efectiva entre los miembros de una familia. De los casos expuestos podríamos advertir, "hasta aquí", que para lograr protección se requiere que La Familia este viviendo junta y por un periodo de tiempo tal que se pueda entender que están ejerciendo una vida en común.

En el *caso Hopu y Bessert vs. Francia*¹⁷, los autores, argumentaron ser propietarios de unas tierras donde se ubicaba un cementerio ancestral de su pueblo. El Estado había entregado las tierras a una empresa que deseaba construir un hotel. Los autores afirman que la construcción del complejo hotelero en los terrenos en disputa destruiría un antiguo cementerio que representa un lugar importante de su historia, cultura y vida y constituiría una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, en violación de los artículos 17 y 23 del "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*". También sostienen que en esos terrenos están sepultados miembros de sus familias.

El "**Comité de Derechos Humanos**", en su decisión indicó:
"El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término "*Familia*" se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término "*Familia*" en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada".

Con respecto a este pronunciamiento, podemos comentar, que el Comité tiene una concepción de interpretar de una manera amplia el término de Familia, reconociendo la existencia de una "**Familia Extendida**", lo cual nos parece bastante adecuado; sin embargo, la lectura que en este caso tuvo de "Vida Familiar", necesaria para que el Comité incorpore a todas las personas que la vienen haciendo dentro de una Familia, es demasiado amplia, de modo tal, que en este caso esta identificando a toda una comunidad como una "Familia Extendida"; equivocando, a nuestro entender, los conceptos de *Identidad Familiar* con los de *Identidad Cultural*.

¹⁴ Debemos hacer notar que la hija vivió con su padre hace 17 años, por el periodo de dos años, tiempo después del cual, se trasladó a Polonia donde adoptó a su hijo.

¹⁵ Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación CCCPR/C/46/405/1990.

¹⁶ Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación CCCPR/C/46/426/1990.

¹⁷ Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación CCCPR/C/60/D/549/1993.

Es necesario hacer mención, como lo veremos más adelante que la existencia de ciertas formas de familia, como la *Poligamia*, no gozan de protección por la comunidad internacional, incluso se recomiendan su abolición¹⁸.

IV. DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA

4.1. Derecho a Fundar una Familia

En la línea que venimos estudiando, vemos que al no establecerse una definición determinada de Familia, la protección es integral a todo Tipo de Familia, siendo así, el derecho de fundar una familia no es limitativo a una forma determinada de crearla, pudiendo ser la misma, una Familia constituida en base a la celebración del matrimonio u otras formas no necesariamente originadas en el matrimonio.

La idea que debe quedar clara, es que Las Familias pueden ser de diferente tipo, como las Familias Nucleares, Familias Extensas, Familias Monoparentales, Familias Convivenciales, o cualquier otra en sus diferentes aspectos. En consecuencia el Derecho a Constituir una Familia, no requiere necesariamente la existencia de un matrimonio previo, pues, la Familia puede o no ser fundada en un matrimonio.

En los instrumentos internacionales, el Derecho a Fundar una Familia, está consagrado en la "Declaración Universal de Derechos Humanos"¹⁹, así como en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"²⁰ y en el ámbito del Sistema de Protección Regional, específicamente en el Sistema Americano, lo encontramos también en su "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre"²¹, en la "Convención Americana de Derechos Humanos"²² y además en el "Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"²³, conocido como "Protocolo de San Salvador".

La protección que deben gozar en el ámbito internacional cualquier Tipo de Familia regulada en los Estados y el derecho que tienen las personas a fundarla, el cual puede ser regulado, reconocido o aún aceptado en los países, no significa *per se*, que se trate de la aceptación en el ámbito internacional de una forma determinada de Familia tal que pueda afectar otros derechos, que igualmente merecen protección en el Derecho Internacional. Por ejemplo, la *Familia Poligámica*, existentes aún en algunos países, vemos que en principio no están prohibidas normativamente a nivel internacional, en consecuencia merecerían protección; sin embargo, advirtiendo que normalmente constituyen un derecho que no es para ambos cónyuges por igual, pues, es generalmente el varón quien puede tener más de una mujer; siendo así atentaria no sólo contra el Derecho a la Igualdad contemplada en el artículo 16 de la "Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer", conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, sino contra el Derecho a la Dignidad de la Mujer, por lo que debería ser abolida allí donde existe.

Este hecho ha sido ya señalado por el "**Comité de Derechos Humanos**" en la observación General Nros. 28 y 29.

"Cabe observar también que la igualdad de trato con respecto al derecho a contraer matrimonio, significa que la poligamia es incompatible con este principio. La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respeto y debe en consecuencia ser definitivamente abolida allí donde exista"

La "**Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**", CEDAW en su artículo 16 señala;

"Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a. El mismo derecho a contraer matrimonio (...)*
- b. El mismo derecho para elegir libremente al cónyuge (...)*
- c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio (...)"*.

En cuanto al Derecho a Fundar una Familia, valdría la pena, analizar si los casos de las parejas homosexuales, que en esencia se tratan de una forma de familia, alcanzarían la protección internacional, sobre todo en aquellos países que sin estar prohibido, no esta regulado.

En el "*Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*", se ha presentado un caso muy interesante, me refiero al caso *María Lucía Álvarez Giraldo vs Colombia*²⁴, en el cual la peticionante al amparo de la legislación colombiana, que reconoce a las personas internas en los

¹⁸ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General Nros. 28 y 29.

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²¹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

²² Convención Americana de Derechos Humanos.

²³ Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador).

penales, el derecho a las visitas íntimas; solicitó que se le permitiera recibir a su "compañera de vida", pedido al que no se accedió. El asunto se encuentra admitido por la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos" y en trámite. La denunciante alega ingerencia de su vida privada y familiar, al negársele el derecho de visitas íntimas en la prisión donde se encuentra reclusa, por su parte el Estado manifiesta razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias.

A nivel Internacional no hace diferencias entre los Tipos de Familias, mereciendo protección cualesquiera que se decida formar y sin duda, como lo veremos posteriormente dentro del Derecho a la Protección Familiar, se ubica el Derecho a la Unidad Familiar, el Derecho a las Visitas en casos de las personas reclusas, incluso el Derecho a Tener Visitas Intimas; en este sentido será interesante la posición que adopte la Comisión y de ser el caso la "Corte Interamericana de Derechos Humanos", sobre este ámbito de la Protección Familiar para las personas del mismo sexo.

A nivel internacional, existe un pronunciamiento con respecto al Derecho a Contraer Matrimonio por personas del mismo sexo, que lo veremos más adelante²⁵.

4.1.1. Derecho al Matrimonio

Es necesario advertir que dentro del Derecho a Fundar una Familia, sea cualquiera que este regulada en el derecho interno, dentro del concepto amplio asumido en la comunidad internacional, está el Derecho a Contraer Matrimonio, que contempla la regulación del matrimonio de menores, el derecho a contraerlo con pleno y libre consentimiento, la no discriminación entre matrimonios y el derecho al nombre y a la nacionalidad al contraer matrimonio.

Las regulaciones específicas en el derecho interno, están referidas también a las restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho de contraer matrimonio, como lo pueden ser el parentesco, las limitaciones físicas como la enfermedad grave y contagiosa, la incapacidad mental, u otras. Las mismas que no pueden constituir límites tales que desconozcan el derecho reconocido internacionalmente.

a. La edad para contraer matrimonio

Si se decide constituir una familia en base a un matrimonio, tampoco existe limitación sobre el tipo de matrimonio a celebrarse, tan sólo que este sea celebrado con las formalidades señaladas en la legislación interna, pero sin desconocer el derecho de toda persona a contraerlo en forma libre y con pleno consentimiento, como lo veremos posteriormente.

Para el ejercicio de este derecho, observamos que en los Instrumentos Internacionales, los niños son titulares de todos los derechos que dichos instrumentos contemplan como derechos de "toda persona", sin embargo, encontramos, por un lado, la existencia en algunos instrumentos, que los excluyen expresamente o los limitan de algunos de ellos, como el Derecho a Casarse, o los Derechos Políticos y por otro lado, tratándose de niños, algunos derechos pueden presentar diferentes matices o interpretaciones.

El ejercicio de este derecho, si bien a nivel internacional, es la "Declaración Universal de Derechos Humanos" -en el mismo sentido que otros instrumentos-, la que señala, que está reconocido a las personas que "tienen edad para ello" o que ya se encuentren en la "edad núbil"²⁶, sin establecer pautas explícitamente a una determinada edad; en consecuencia es al derecho interno de cada país que le corresponde la libertad amplia de establecer una edad mínima acorde con su sociedad y en su caso fijar las condiciones de excepción.

Al respecto el "**Comité de Derechos Humanos**", en la Observación General 19, antes citada, ha señalado:

"Si bien el Pacto no establece una edad concreta para contraer matrimonio ni para el hombre ni para la mujer, dicha edad debe ser tal que pueda considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por la Ley".

La estipulación de una edad adecuada, para considerar el consentimiento como pleno y libre, obedece, según el doctor O'Donnell²⁷, a dos factores: en primer lugar, proteger el derecho de los futuros hijos a tener una familia estable y capaz de proporcionarles los cuidados y protección

²⁵ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Caso *Joslin et Al vs New Zelanda*. CCPR/75/D (902/199).

²⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁷ O'DONNELL, Daniel. "Protección Internacional de los Derechos Humanos". Comisión andina de Juristas. 2ed. Edición 1989. p. 335.

que necesitan; y en segundo lugar, proteger a las personas inmaduras que no reúnen las condiciones para consentir "libre y plenamente" en la toma de decisiones.

Es en la "**Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer**", CEDAW, que se establece un límite inferior, así vemos que señala:

Artículo 16º de la CEDAW

"2) *No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptaran todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio*".

Por su parte la "**Convención Sobre los derechos del Niño**", en su Artículo primero señala:

"Artículo 1º.- *Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*".

Como vemos en los instrumentos internacionales que otorgan protecciones generales a todas las personas, no encontramos ninguna limitación a la edad para contraer matrimonio, pero en los documentos específicos, si la hay, tal es así que la CEDAW, estipula como nulos los matrimonios de menores de edad, sin establecer quienes serían los menores de edad, para lo cual, recurriendo a la normatividad especial de los niños, encontramos que se entiende por tal a los menores de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley interna, haya alcanzado mayoría de edad. Sobre esto debemos señalar que en muchos países se permite excepcionalmente el matrimonio de menores de edad, claro bajo ciertos aspectos; y si bien, ello no signifique que adquieren la mayoría de edad, por lo menos materialmente, formalmente si, pues adquieren todos los derechos como si fuesen adultos para el ejercicio de sus derechos como familia.

b. Derecho a contraer libremente un matrimonio

Uno de los derechos que se enmarca dentro del Derecho a Constituir una Familia, es el Derecho de Contraer Matrimonio, mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos.

Según este derecho, consagrado expresamente en la "Declaración Universal de los Derechos Humanos"²⁸, el "Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales"²⁹, así como en el ámbito americano en la "Convención Americana de Derechos Humanos"³⁰, se establece que ningún matrimonio debe contraerse sino por la propia voluntad de cada uno de los futuros cónyuges.

En este derecho, en principio se muestra su preocupación por los menores, estando orientado a los "*matrimonios forzados*" que obedecían a costumbres de algunas sociedades tradicionales, por las cuales los padres o tutores, son los que conciertan los matrimonios de sus hijos por motivos religiosos, económicos, culturales u otros.

Siendo una preocupación constante de la comunidad internacional, sobre todo los matrimonios forzados de los menores de edad, pues, qué duda cabe, el matrimonio de los niños de esta forma constituye una violación a los derechos humanos en forma permanente que afecta la integridad, desarrollo y la dignidad de los menores y adolescentes; por lo que, por parte de la Comunidad Internacional, es objeto de muchas campañas para evitarlas, tanto es así, que se ha creado un instrumento internacional específico en este tema, me estoy refiriendo a la "*Convención sobre el consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los Matrimonios*", entrada en vigor en el año de 1964.

Entre otros aspectos, esta Convención establece el pleno y libre consentimiento, para contraer matrimonio y que sea en forma personal, salvo circunstancias especiales, que se le otorgue la debida publicidad, y si bien no señala una edad mínima, establece que la misma será adoptada por los Estados, quienes, a su vez, podrán establecer excepciones justificadas y siempre que sean en interés de los contrayentes; finalmente señala la obligación del registro del matrimonio ante la autoridad competente.

Por su parte el "**Comité de Derechos Humanos**", tuvo la oportunidad también de pronunciarse al respecto, así vemos que; interpretando el artículo 23 del "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*", señala:

"*En algunos Estados, un segundo factor puede consistir en que, según el derecho escrito o consuetudinario, un tutor, generalmente varón, sea quien consienta en el matrimonio en lugar de la propia mujer, con lo cual se impide a ésta la posibilidad de elegir libremente*" (Observación General Nro. 28 y 29)".

²⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁹ Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

³⁰ Convención Americana de Derechos Humanos.

La protección de este derecho no sólo alcanza a los menores, de quienes se supone que su voluntad no está del todo madura para tomar una decisión de tal trascendencia, o que la misma puede estar siendo coaccionada por sus padres o tutores; sino que también alcanza a los adultos.

Con respecto a esto último, debemos hacer notar que el Derecho a contraer Matrimonio, implica a su vez su connotación negativa; es decir, la facultad de no ejercer este derecho, o dicho de otro modo el Derecho a no Casarse, el cual, como hemos visto en el caso de los menores no lo pueden ejercer justamente por su minoridad, al estar en condición de dependencia de otra persona o de la presión de su entorno social o simplemente por el ejercicio de la coacción a su persona por sus padres o tutores. Pero también se puede lesionar este derecho tanto en niños como adultos, al exponerlos a situaciones de tal naturaleza que su decisión no sólo involucre al casamiento, sino a otros derechos u efectos directamente vinculados, que no permiten tomar una decisión libre, o lo que es peor, que se le coaccione o se le fuerce. En este sentido el Comité de Derechos Humanos, hace saber su preocupación por la discriminación social que sufren las "mujeres violadas", incluso las estipulaciones legales que tienden a que acepten casarse atribuyéndoles incluso la carga emocional en su persona por la liberación penal del agresor. Me refiero a los casos en los cuales, el matrimonio exonera la responsabilidad penal del violador, en los cuales, además del efecto emotivo en la víctima, la exponen a que las familias del agresor puedan ejercer presión, amenazas o coacción contra ellas.

"Comité de Derechos Humanos" (O.G. 28 y 29)

"Otro factor que puede afectar el derecho de la mujer a contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento, se refiere a la existencia de actitudes sociales que tienden a marginar a la mujer víctima de una violación y a ejercer presión sobre ella para que acepte casarse. Las leyes que exoneran al violador de responsabilidad penal o la atenúan si se casa con la víctima pueden también redundar en detrimento del derecho de la mujer a contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento"

Como bien advierte la autora Patricia Palacios Zuloaga³¹, podría interpretarse que también se transgrede este derecho por la presión indebida a contraer matrimonio, *"Si el Estado beneficia a las personas casadas por encima de las parejas no matrimoniales, podría pensarse que la libre elección de contraer matrimonio, deja de ser tan libre"*.

En algunos países encontramos que la legislación establece diferencias entre parejas casadas y no casadas, otorgando ciertos beneficios a las primeras, *"El Comité de Derechos Humanos"*, a tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, en los casos de Beneficios Sociales a las parejas matrimoniales. Encontrando que las decisiones emitidas, son todas en casos contra *Países Bajos*, son uniformes y permanente y fueron establecidas desde el caso *Danning vs los Países Bajos*, del año 1987. El caso trata de un trabajador que quedo discapacitado producto de un accidente y que si bien recibió una pensión proveniente del seguro de su empleador, se le denegó el cambio a un programa que otorgaba mayores beneficios para parejas casadas; el Estado alegaba que la Ley establecía mayores responsabilidades y deberes para parejas casadas, como pensiones alimenticias, alimentos, herencias etc., por lo que las diferencias entre parejas matrimoniales y no matrimoniales eran objetivas y razonables.

El *"Comité de Derechos Humanos"*, estuvo de acuerdo con el Estado y señaló:

"Al elegir no contraer matrimonio, el Sr. Danning y su conviviente, no ha, en derecho, asumido la total extensión de los deberes y responsabilidades aplicables a las parejas casadas. Consecuentemente el Sr. Danning no recibe los beneficios totales contemplados en la Ley neerlandesa para parejas casadas. El Comité concluye que la diferenciación reclamada por el Sr. Danning no constituye discriminación, en el sentido del artículo 26 del Pacto".

Consideramos, que en este hecho, antes de vulnerar el Derecho a Elegir Libremente Contraer Matrimonio, se está transgrediendo el Derecho de Fundar una Familia, discriminando a una Familia no Matrimonial en desmedro de una no Familia Matrimonial, pues, al haberse elegido constituir una Familia en base a la convivencia, la misma merecía la protección Estatal sobre todo del "Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos", como así también finalmente lo precisa la autora:

"El estado civil de una persona se encuentra íntimamente ligado a la concepción de "familia", que ciertamente ha variado en las últimas décadas. Hoy en día se puede afirmar que el concepto de familia incluye familias tradicionales (formadas sobre la base de un matrimonio heterosexual), familias no-matrimoniales, familias uniparentales, familias multigeneracionales, familias formadas en torno a una pareja homosexual y muchas más, todas las cuales deben ser protegidas igualmente por parte del Estado".

Como comentario final sobre este caso, debemos señalar que si bien el Estado alega que las diferencias entre familias matrimoniales y las que no lo son, obedecen a causas objetivas y

³¹ PALACIOS ZULOAGA, Patricia. "La No Discriminación". LOM Ediciones Santiago 2006. p.179.

razonables, pues, en las primeras se asumen mayores deberes y responsabilidades, hubiese sido interesante que se explicite más sobre ello, pues de ser así, en el ámbito internacional encontraríamos una protección jerarquizada por tipos de familia, lo que transgrede el espíritu de la protección en el sentido que venimos estudiando.

Con respecto al derecho de contraer matrimonio y elegir libremente a su pareja, es la **"Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer"**, CEDAW, que lo regula en los incisos a y b del Artículo 16º:

"Artículo 16º
1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad con el hombre:

- a) El derecho para contraer matrimonio;
- b) El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y con su pleno consentimiento".

Y, el **"Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer"**, Comité CEDAW, en su Recomendación General 21, interpretando el Artículo 16 inciso a y b, señala;

"15. Si bien la mayoría de los países informan de que las constituciones y leyes nacionales acatan la Convención, las costumbres, la tradición y la falta de cumplimiento de estas leyes en realidad contravienen la Convención.

16. El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano. De un examen de los informes de los Estados Partes se desprende que hay países que permiten que las mujeres contraigan matrimonios obligados en primeras o segundas nupcias, sobre la base de la costumbre, las creencias religiosas o el origen étnico de determinados grupos. En otros países, se permite decidir el matrimonio de la mujer a cambio de pagos o de ventajas y, en otros, la pobreza obliga a algunas mujeres a casarse con extranjeros para tener seguridad económica. A reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién."

c. Derecho a elegir el tipo de Matrimonio

De igual modo, en cuanto a las formas matrimoniales elegidas, se debe también respetar otros derechos igualmente protegidos, como el Derecho de Conciencia y Religión; es decir, que en caso que se regule la constitución de una familia a través del matrimonio religioso, este no debe ser el único establecido, pues, quedaría limitado el Derecho a Fundar una Familia en base al matrimonio de las personas que no comparten determinada creencia o que simplemente no deseen hacerlo de esa forma.

Al respecto el **"Comité de Derechos Humanos de la ONU"**, en la Observación General nro. 19, señaló:

*"Con respecto a los informes que deben presentar los Estados, se indica que **"El Comité desea recordar que dichas disposiciones legales deben ser compatibles con el pleno ejercicio de los demás derechos garantizados por el Pacto; así, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión implica que la legislación de cada Estado debe prever la posibilidad de celebrar tanto el matrimonio religioso como el civil. Sin embargo, a juicio del Comité, el que un Estado exija que un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil no es incompatible con el Pacto."***

En igual sentido el **Comité de la CEDAW**, en su Recomendación general número 21, al interpretar el párrafo 2 del Artículo 16, indica:

"Los Estados Partes deben también exigir la inscripción de todos los matrimonios, tanto los civiles como los contraídos de conformidad con costumbres o leyes religiosas. De esa forma, el Estado podrá asegurar la observancia de la Convención e instituir la igualdad entre los cónyuges, la edad mínima para el matrimonio, la prohibición de la bigamia o la poligamia y la protección de los derechos de los hijos".

El Derecho a elegir libremente el tipo de Matrimonio que se desee, implica que el mismo goce de los mismos derechos y obligaciones, así como la protección del regulado específicamente en las leyes internas de los países, para lo cual es importante determinar alguna forma de registro.

d. Derecho a la Nacionalidad

El Derecho a la Nacionalidad está reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, superando la noción clásica de entenderlo como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, a desarrollarlo como un derecho de la persona humana, reconociéndolo en

deferentes instrumentos internacionales del ámbito universal³² así como en los instrumentos de carácter regional de nuestro medio.

En el ámbito internacional, en cuanto a la nacionalidad de la mujer casada, vemos que históricamente en muchos estados prevalecía el Principio de Nacionalidad Dependiente, basada en la premisa patriarcal de que la mujer casada debía adquirir automáticamente la nacionalidad del marido e incluso en muchos casos perdía su propia nacionalidad, motivo por el cual, se otorgó la "Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada"³³, en vigor desde el 11 de agosto de 1958, que estableció:

"Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada"³⁴

"Artículo 1.- Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer".

En nuestra región, la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" la regula en el artículo 19³⁵ y es la "Convención Americana de Derechos Humanos", que en su Artículo 20³⁶, la contempla en su doble aspecto: el Derecho a tener una Nacionalidad y el de protegerla contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria.

La existencia de países donde se regula o intenta regular un trato diferenciado a la nacionalidad de la mujer y a la del hombre en caso de matrimonio, ha llamado la atención a la comunidad internacional, pues, al privarle de nacionalidad, a una persona, se le estaría privando, en principio de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad de la persona, como así lo ha indicado la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" en la Opinión Consultiva N° 4 del 19 de enero de 1984³⁷.

En cuanto al tema que venimos estudiando, en esa misma consulta, se opinó que:

"Corte Interamericana de Derechos Humanos" (O.C.4/1984)

"Constituye discriminación incompatible con los Artículos 17.1 y 24 de la convención, estipular condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno sólo de los cónyuges".

Con respecto a la nacionalidad de las mujeres casadas, es la "**Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**", que regula ello en su artículo 9:

"Artículo 9º.-

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Al respecto el "**Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**", en su Recomendación General 21, al analizar el Artículo 9, señala;

"...6. La nacionalidad es esencial para la plena participación en la sociedad. En general, los Estados confieren su nacionalidad a los que nacen en el país. La nacionalidad también puede adquirirse por el hecho de residir en un país o concederse por razones humanitarias, como en el caso de la apátrida. Una mujer que no posea la ciudadanía carece de derecho de voto, no puede ocupar cargos públicos y puede verse privada de prestaciones sociales y del derecho a elegir su

³² Es necesario hacer notar que en el ámbito internacional, si bien, el Derecho a la Nacionalidad, se encuentra contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en su artículo 15, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo se reconoce explícitamente en el artículo 23.4, en términos que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad; careciendo de un reconocimiento tal las personas adultas.

³³ Desde la creación de las Naciones Unidas, fue una preocupación constante los derechos de las mujeres, llegando a formar casi inmediatamente La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, (1946) para que presentase recomendaciones e informes al Consejo Económico y Social sobre la promoción de los derechos de la mujer e hiciese recomendaciones sobre problemas de urgencia la Comisión formuló la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. Esta Convención, que fue aprobada en 1957, establece la nacionalidad independiente de la mujer casada.

³⁴ Desde la creación de las Naciones Unidas, fue una preocupación constante los derechos de las mujeres, llegando a formar casi inmediatamente La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, (1946) para que presentase recomendaciones e informes al Consejo Económico y Social sobre la promoción de los derechos de la mujer e hiciese recomendaciones sobre problemas de urgencia la Comisión formuló la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. Esta Convención, que fue aprobada en 1957, establece la nacionalidad independiente de la mujer casada.

³⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 20 - Derecho a la Nacionalidad.

³⁷ Opinión Consultiva OC 04/84 del 19 de Enero de 1984, que se emitió a instancia del propio Estado de Costa Rica, sobre la propuesta de modificación a su constitución política relacionada a la naturalización de extranjeros.

residencia. Una mujer adulta debería ser capaz de cambiar su nacionalidad y no se la debería privar arbitrariamente de ella como consecuencia del matrimonio o la disolución de éste o de que el marido o el padre cambie de nacionalidad".

e. Derecho a elegir el Apellido

El derecho a elegir el nombre, entendido este en su concepción amplia, es decir que comprende a los apellidos, es relevante, para nuestro tema, pues, existen disposiciones en algunos Estados que obligan a la mujer a optar el apellido del marido, una vez casada.

"**Convención Americana de Derechos Humanos**", señala:

"**Artículo 18. Derecho al Nombre**

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"

Es la "**Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**" CEDAW, que regula más explícitamente este derecho, vemos:

Artículo 16. ...1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación".

EL "**Comité CEDAW**", en su Recomendación General 21, al interpretar este inciso, señaló:

"24. Los principios de equidad, justicia y plena realización de todos son la base de una familia estable. Por consiguiente, marido y mujer deben tener el derecho de elegir su profesión u ocupación con arreglo a su propia capacidad, aptitudes o aspiraciones, según disponen los incisos a) y c) del artículo 11 de la Convención. Además, cada uno debe tener el derecho a escoger su nombre para conservar su individualidad e identidad dentro de la comunidad y poder distinguirlo de los demás miembros de la sociedad. Cuando la ley o las costumbres obligan a una mujer a cambiar de nombre con ocasión del matrimonio o de la disolución de éste, se le deniega este derecho".

El "**Comité de Derechos Humanos**", también se pronunció en este aspecto, es así que en su Observación General 28, señaló;

"...los Estados parte, donde ello sea necesario, deberán revisar su legislación a fin de que la mujer casada tenga los mismos derechos que el hombre con respecto a (...) el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en pie de igualdad en la elección de un nuevo apellido. La igualdad en el matrimonio significa que marido y mujer deben participar en un pie de igualdad en las responsabilidades y en la autoridad que se ejerza dentro de la familia."

Ante la "**Comisión de Derechos Humanos**", se presentó un caso particular de discriminación en cuanto a la elección del apellido del marido. Es el caso *Müller y Engelhard vs Namibia*³⁸, en el cual, se denuncia entre otros, violación del Derecho a la adecuada Protección Familiar (14. párrafo 3ro.), se indicó que el esposo orfebre joyero se instaló en Namibia, empezando a trabajar en el taller de joyería Engelhard Desing, casándose después con la propietaria la Sra. Engelhard, queriendo adoptar el apellido de ella, entre otros motivos porque es importante que los fabricantes de joyas sean conocidos por sus apellidos lo que denota el amor propio a ello y un trabajo de calidad. El Estado le negó el derecho, a pesar de que era permitido para las esposas sin mayores trámites, alegando entre otros motivos que la diferenciación era objetiva y razonable, que apuntaba a lograr la seguridad jurídica y la tradición del país.

El "**Comité de Derechos Humanos**", dictaminó

"Dada la importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, por lo general tampoco se puede invocar el argumento de una inveterada tradición para justificar un trato diferente entre hombre y mujer que es contrario al Pacto. No puede considerarse razonable supeditar la posibilidad de elegir el apellido de la mujer como apellido familiar a un procedimiento más riguroso y menos ágil que su alternativa (la elección del apellido del marido); sea como fuere, el motivo de la distinción no es lo suficientemente importante como para primar sobre el criterio del género que, por lo general, está excluido. En consecuencia, el Comité considera que los autores han sido víctimas de discriminación y de la violación del artículo 26 del Pacto".

f. Derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo

Finalmente, no debemos dejar de mencionar el tema si el derecho a casarse debe ser aplicado también a las parejas del mismo sexo o no.

³⁸ CCPR/c/74/D/919/200 28 DE Junio del 2002.

Sabemos que este derecho se viene regulando ya de modo creciente en el derecho interno ya en diferentes países, como últimamente lo ha sido, en nuestro continente, en Uruguay y Argentina. Sin embargo en el ámbito internacional, no obstante que no existe normatividad específica sobre este tema, se tendría que valorar conjuntamente con el derecho a la igualdad y no discriminación que merecen las parejas en general.

El "Comité de Derechos Humanos", que como sabemos es el organismo encargado del cumplimiento del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", ha tenido la oportunidad de pronunciarse ya en el año 2002 en el caso *Joslin et al. vs. Nueva Zelanda*, en el cual dos parejas de lesbianas, alegaban que se venía interpretando la legislación de Nueva Zelanda, de tal forma que se entendía que el matrimonio sólo podía contraerse entre hombres y mujeres, por lo que el Registro de Estado Civil les había denegado la posibilidad de contraer matrimonio, lo que les negaba su derecho de elegir si casarse o no, a diferencia de las parejas heterosexuales. Invocaron entre otros las violaciones al artículo 23.1 y 23.2, del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

El Estado por su parte negó la existencia de discriminación argumentando:

"...En primer lugar que el hecho de que los homosexuales no puedan contraer matrimonio no se deriva de una distinción, exclusión o restricción, sino más bien de la naturaleza intrínseca del matrimonio mismo.(...) La institución del matrimonio es un caso claro en que el fondo de la Ley necesariamente crea una diferencia entre las parejas de sexo opuesto y otros grupos o personas. (...) el elemento determinante es la naturaleza de la pareja, no la de sus miembros. (...) Al diferenciar entre parejas homosexuales y parejas de sexo diferente, la Ley de matrimonio se basa en criterios claros e históricamente objetivos y se propone cumplir el propósito de proteger la institución del matrimonio y los valores sociales y culturales que esa institución representa".

Por su parte, el "**Comité de Derechos Humanos**", sólo basó su decisión sobre el artículo 23.2 del "Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos", y no sobre la existencia de discriminación:

"Dado que existe una disposición específica en el Pacto sobre el derecho al matrimonio, toda alegación sobre la violación de ese derecho ha de considerarse teniendo en cuenta esa disposición. El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término "hombre y mujer", en lugar de "todo ser humano", "todos", o "todas las personas". El uso del término "hombre y mujer" en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse".

Respecto a este tema, debemos advertir que se trata de un caso que se resolvió antes que en muchos países se permita el matrimonio homosexual.

4.1.2. Planificación de la familia

El derecho a planificar una familia, no está explícitamente reconocido por los instrumentos internacionales, aunque podríamos entenderlo implícitamente dentro del Derecho a Constituir una Familia, como el derecho de cada individuo o la pareja para determinar libremente la cantidad y la planificación de sus hijos, en concordancia con lo dispuesto en la "Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", CEDAW, vemos:

"Artículo 16.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

... e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

Al respecto el "**Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**", en su Recomendación General 21, al analizar el artículo 16 inciso e, señala;

"Inciso e) del párrafo 1 del artículo 16

21. Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene.

22. En algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados. La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno. A fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia, según dispone el inciso h) del artículo 10 de la Convención.

23. Hay amplio acuerdo en que cuando se dispone libremente de medidas apropiadas para la regulación voluntaria de la fecundidad, mejoran la salud, el desarrollo y el bienestar de todas las personas de la familia. Además, estos servicios mejoran la calidad general de la vida y la salud de la población, y la regulación voluntaria del crecimiento demográfico ayuda a conservar el medio ambiente y a alcanzar un desarrollo económico y social duradero".

Por su parte, también, el "Comité de Derechos Humanos", en su Observación General N° 19, que encontramos apoyo a la referencia hecha, es decir, el derecho a fundar una familia implica, el procrear, veamos:

Observación General 19:

5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.

Por ante la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", se viene tramitando la causa 12361 denominado *Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica*, en la que se alega que la Sentencia del 15 de marzo de 2000, dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Presidencial número 24029-S, que regulaba la práctica de la fecundación *in vitro* en ese país; violaba sus derechos, debido a que como consecuencia de esta sentencia se suspendió dicha práctica en el país, afectando por lo menos a diez parejas con problemas de infertilidad que iban a realizar el procedimiento de fecundación *in vitro*. El peticionario alega que la prohibición de la práctica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica constituye asimismo una intromisión arbitraria y abusiva en la vida privada y familiar de personas que necesitan y desean someterse al referido procedimiento médico para poder fundar una familia, violando así el artículo 11(2)³⁹ de la "Convención Americana. De Derechos Humanos".

En la línea de ideas que venimos tratando, el Derecho a Constituir una Familia, no solamente implica la posibilidad de formar una unión, con una pareja o tener hijos; sino también dejar en posibilidad a la persona de decidir no tener pareja o en su caso no tener hijos.

En cuanto a esto último, nos lleva a tratar el tema del derecho a no tener familia, a través del "derecho" al aborto en ciertas condiciones, como el terapéutico, el sentimental u otros casos regulados legalmente en el Sistema Internacional. Sólo en el Sistema Africano encontramos un pronunciamiento expreso⁴⁰; en los demás, lo es a través de recomendaciones, observaciones o casos concretos.

En el caso de *Karen Llantoy vs. Perú*, se denunció ante el "Comité de Derechos Humanos", el caso de una menor de 17 años, que quedó embarazada, detectándose, a las pocas semanas en sus chequeos habituales, que el bebé que llevaba en su vientre era de naturaleza anencefálica⁴¹, en consecuencia no tenía posibilidades de vivir, sin embargo se le negó el derecho a someterse a un Aborto Terapéutico, despenalizado en el país, obligándola a culminar su embarazo, alumbrando una niña que vivió cuatro días; se denunció al Estado, entre otros por tratos crueles e inhumanos y violación por el Artículo 17⁴² del "Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos".

El "Comité de Derechos Humanos", indicó:

"La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley,

³⁹ Convención americana sobre Derechos Humanos. Artículo 11 – Protección de la Honra y la Dignidad.

⁴⁰ Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia en Derechos de las Mujeres en África, señala; "Los Estados Parte deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para "proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto".

⁴¹ Anencefalia es una malformación congénita (del latín Congénitos = "Nacer con"). Es aquella que empieza a desarrollarse justo al inicio de la vida intrauterina. La palabra anencefalia significa "sin encéfalo". El encéfalo es considerado como el centro nervioso del cerebro. Sin embargo esto no es una definición consistente. Un bebé con anencefalia es un niño definitivamente que nace sin cuero cabelludo, sin parte del cráneo, sin meninges, sin una parte del hemisferio craneal y sin cerebelo, el niño sin embargo nace con cierta parte posterior del cerebro y su tronco nervioso. Muchos niños con anencefalia mueren durante el parto. La vida promedio de aquellos que sobreviven es apenas de algunas horas o días.

⁴² Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (inc. 1).

estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.”.

4.2. Derecho a la Igualdad para el Hombre y Mujer en la Familia

Finalmente, en esta primera parte, concluimos resumiendo que el Derecho a Constituir una Familia, involucra el Derecho a Fundar una Familia, el Derecho a la Planificación Familiar y el Derecho a la Igualdad entre Hombre y Mujer en la Familia.

Con respecto a este último vemos que las leyes, las costumbres y los patrones culturales que gobiernan el estatus de la mujer en la familia, lo han limitado, de forma tal que han afectado sus derechos y su capacidad, asignando a los hombres en relación a su pareja preferencias discriminatorias en relación, sobre los bienes, sobre los hijos, su persona etc.

La comunidad internacional se encuentra especialmente sensibilizada sobre esta problemática y es consciente que se trata de un cambio cultural históricamente enraizado y teniendo en cuenta lo avanzado en general sobre los derechos humanos, este aspecto se encuentra retardado, es por ello que no sólo se han expedido declaraciones, convenciones, protocolos, informes, observaciones, recomendaciones, sino que también se recurre a la sensibilización social a través de programas, planes de acción, campañas, conferencias, congresos etc. En el ámbito internacional en principio es en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"⁴³, que a fin de remediar situaciones de discriminación dispone que el Estado deba adoptar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad y responsabilidades de ambos esposos en cuando al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En el ámbito americano, la "Convención Americana de Derechos Humanos" en su cuarto párrafo del Artículo 17⁴⁴, establece similar protección.

En forma específica, la "**Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**", CEDAW, en su artículo 16 establece;

Artículo 16º:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h. 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”.

Al respecto el "**Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**", en su Recomendación General 21, al analizar el Artículo 16, señala;

"Vida pública y privada

11. Históricamente, la actividad humana en la vida pública y privada se ha considerado de manera diferente y se ha reglamentado en consecuencia. En todas las sociedades las mujeres que tradicionalmente han desempeñado sus funciones en la esfera privada o doméstica por mucho tiempo han visto tratadas esas actividades como inferiores.

12. Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias. Los informes de los Estados Partes ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no se da la igualdad de jure. Con ello se impide a la mujer que goce de igualdad de acceso a los recursos y de igualdad de situación en la familia y la sociedad. Incluso

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁴ Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

cuando la igualdad *de jure* existe, en todas las sociedades se asignan funciones diferentes, que se consideran inferiores, a la mujer. De esta forma se conculcan los principios de justicia e igualdad que figuran en particular en el artículo 16 y también en los artículos 2, 5 y 24 de la Convención".

De acuerdo al "Comité de Derechos Humanos", en su Observación General N° 19, aclara, que:

"6...Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de la residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos, la administración de los haberes, así como a la separación o disolución del matrimonio. En este sentido, añade el Comité, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho a la visita, y la pérdida y recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto".

Es necesario hacer notar que la igualdad que hacemos referencia entre los cónyuges o entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio; debe interpretarse de tal forma que sea entendida como una igualdad en todo tipo de familias, se basen o no en el matrimonio, pues su fundamento general es que todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la Ley (artículo 24 de la Convención⁴⁵); en este mismo sentido la CEDAW, indica en su recomendación General 21:

"Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer",
"Diversas formas de familia

13. La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro e incluso de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, la costumbre o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención."

A pesar de la sensibilización de la comunidad internacional, que de una manera progresiva y creciente, viene dando regulaciones explícitas en este campo que pretenden la *igualdad de jure* y una *igualdad de facto*, y conscientes de que se trata de un cambio cultural en que están involucrados los Estados y las sociedades; sin embargo todos los esfuerzos muchas veces se ven truncados, justamente por las actitudes de los Estados, que a pesar de estar inscriptos a la Comunidad Internacional y obligados por lo establecido en sus instrumentos, todavía cuentan con normas que crean una discriminación legal, que hace más difícil los cambios sociales.

En este sentido vemos algunos casos, no muy recientes y otros sí, que nos demuestran casos de discriminación legal:

En el "Sistema de Protección Internacional", vemos el caso de *Graciela Ato del Avellanal vs Perú*, comunicación presentada ante el "Comité de Derechos Humanos", Dictaminado en 1988. La autora, alego una discriminación por ser mujer. Es el caso que la denunciante, es propietaria de dos edificios de departamentos e inicio un proceso para el cobro de rentas atrasadas, obteniendo sentencia favorable en el tribunal de primera instancia, siendo que la Corte Superior revocó la sentencia (1980) por la razón que la autora no estaba facultada para demandar, porque, de conformidad con el artículo 168 del Código Civil Peruano⁴⁶, cuando una mujer está casada sólo el marido está facultado para representar la propiedad matrimonial; la autora apeló a la Corte Suprema de Justicia, alegando, entre otras cosas, que según la Constitución Peruana de 1979⁴⁷ se abolió tal discriminación; no obstante ello, se confirmó la decisión.

El "Comité de Derechos Humanos", señaló:

"10.2. En lo que respecta a la discriminación por motivo de sexo, el Comité observa además que en virtud del artículo 3 del Pacto los Estados Partes se comprometen a "garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto" y que el artículo 26 dispone que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho a igual protección de la Ley. El Comité considera que de los hechos expuestos a su consideración se desprende que en el caso de la autora la aplicación del artículo 168 del Código Civil Peruano ha entrañado denegarle su igualdad ante los tribunales y constituye discriminación por motivo de sexo."

En el ámbito de "Protección del Sistema Interamericano", tenemos en el año 2001, el caso de *María Eugenia Morales vs. Guatemala*,⁴⁸ presentado ante la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", que no llegó a la Corte, se denunció que el Código Civil de la República de Guatemala establecía un régimen jurídico en el cual se define el papel de cada uno de los cónyuges dentro del matrimonio, de una manera discriminatoria, así vemos que: El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos - Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁴⁶ C.C. 1036 "Artículo 168.- El marido es el representante de la sociedad conyugal".

⁴⁷ Constitución de 1979 - artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (2) A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.

⁴⁸ INFORME N° 4/01*, CASO 11.625 MARÍA EUGENIA MORALES DE SIERRA vs GUATEMALA 19 de enero de 2001.

de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255), contraviniendo los artículos 17, que regula la Protección a la Familia y el artículo 24 referido a la igualdad ante la ley, ambas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La "**Comisión Interamericana de Derechos Humanos**", indicó:

44. La Comisión halla que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. "Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes".

Igualmente, un caso que cuenta con Informe de Admisibilidad, que se viene tramitando ante la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", es *Sonia Arce vs Chile*, donde la autora alega que contrajo matrimonio de 1976 y que tras el fallecimiento de sus padres en el año 1994, heredó algunas propiedades que tiempo después decidió venderlas; el agente inmobiliario se negó a concluir la operación sin el consentimiento de su esposo, basándose en lo dispuesto por el Artículo 1749 del Código Civil Chileno, que señala que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer. En este caso, se alega que el marco legal le priva concretamente la posibilidad de administrar sus propios bienes y que no existe la posibilidad fáctica de obtener cualquier permiso de su esposo, pues, se desconoce su paradero.

V. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La importancia que la comunidad internacional viene reconociendo a La Familia, es indiscutible, lo cual no significa solamente un reconocimiento de la familia en forma amplia y extensiva que a fin de que abarque a los diferentes tipos de familia, sino también el reconocer y proteger su constitución, con los derechos que ello implica como hemos visto, es decir, el derecho a fundar una familia y la igualdad entre los cónyuges, con todo lo que ello implica.

Otro de los derechos que encontramos es el Derecho de Protección de la familia⁴⁹, reconocido, también en diferentes instrumentos internacionales, así vemos que en el "Sistema Interamericano", la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", lo contempla en el Artículo VI⁵⁰, la "Convención Americana de los Derechos Humanos", en su Artículo 17⁵¹, que señala que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado; el "Protocolo de San Salvador", en su Artículo 15⁵² y "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer", conocida como "Convención Belem Do Para", la contempla el Artículo 4 inciso e)⁵³.

5.1. Derecho de Protección a la Familia en situaciones de pobreza

⁴⁹ Convenio N° 156 de la OIT:

Artículo 3º, inciso 1: "1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales."

Artículo 5º: "Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

a) tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales;

b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar".

⁵⁰ Artículo VI: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

⁵¹ Convención Americana de los Derechos Humanos. Artículo 17º - Protección a la Familia.

⁵² El Protocolo de San Salvador - artículo 15º.

⁵³ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - artículo 4º.

Antes de entrar a ver los derechos que se contemplan en el Derecho Internacional, referidos a la Protección de la Familia, es necesario tocar un tema que toca de manera transversal a toda la sociedad y por ende al derecho y es *la pobreza*, en nuestro tema la protección a las familias en situaciones de pobreza, también ha sido materia de la atención de la Comunidad Internacional.

Las familias son sensibles a las tensiones que provocan los cambios sociales y económicos, experimentando influencias internas y externas que afectan su dinámica y funcionalidad, muchas están expuestas a riesgos y se encuentran en vulnerabilidad; uno de los factores principales, que duda cabe, es la situación de pobreza que viene afectando a muchas familias.

No olvidando la Comunidad Internacional que los derechos humanos deben desarrollarse con miras a la plena realización de estos derechos, por lo que dentro de la protección, esta otorgar medida adecuadas para su efectivización.

En este sentido, de las observaciones Generales a que venimos haciendo mención, es importante tener presente el comentario que hace la Observación General 19 del "Comité de Derechos Humanos", al respecto:

"Comité de Derechos Humanos" (O.G.19)

"Por otra parte, como el Pacto reconoce también a la familia el derecho de ser protegida por la sociedad, los informes de los Estados Partes deberían indicar de qué manera el Estado y otras instituciones sociales conceden la protección necesaria a la familia, en qué medida el Estado fomenta la actividad de estas últimas, por medios financieros o de otra índole, y cómo vela por que estas actividades sean compatibles con el Pacto".

Debemos hacer notar que, como bien ha quedado reconocido en diferentes instrumentos internacionales, la **Familia**, para la comunidad internacional, **es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado y de la Sociedad**. Ahora, si bien el Estado tiene obligaciones de **Respeto**, y las puede incumplir a través de su vasto aparato compuesto por diferentes agentes, dentro de ellos el legislativo, el ejecutivo o el judicial, por *acciones u omisiones* como ya lo hemos indicado; observamos que también tiene la obligación internacional de **Garantizar**, siendo así le compete también regular u otorgar las condiciones necesarias para que sea la sociedad, la que también proteja a la familia, como por ejemplo el acceso a los créditos.

5.2. Derecho a la Intimidad Familiar

Este derecho se encuentra protegido por las disposiciones de instrumentos internacionales, prohibiendo las **Injerencias arbitrarias e ilegales**, en la vida Familiar.

La Familia siempre ha sido y es, el principal pilar de la sociedad. Es el lugar donde los miembros nacen, aprenden, se educan y desarrollan; por lo que merece el reconocimiento y protección del Estado y la Sociedad; sin embargo no se puede renunciar a establecer regulaciones a la Familia, todas las sociedades tienen que tener leyes, políticas, programas etc., sin embargo estas regulaciones tienen que ser motivadas y razonables de modo que protejan el concepto de Familia y facilitar lo mas posible su desarrollo, unión y continuidad: estando interdictas las injerencias arbitrarias e ilegales, que sin justificación alguna transgredan el derecho a la intimidad que merece la Familia.

El término **ilegales**, significa que no puede producirse injerencia alguna salvo en los casos previstos por la ley. Y el concepto de **arbitrariedad**, por otra parte, es más amplio, ya que una medida puede ser legal, en cuanto ha sido plasmada en la Ley, pero a la vez arbitraria en la medida que es injusto, que carece de motivación alguna, consecuentemente es abusivo.

En los Instrumentos internacionales, esta reconocido en "*Declaración Universal de Derechos Humanos*" que su artículo 12⁵⁴; "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*", en su Artículo 17. En el ámbito regional americano lo encontramos en la "*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*", en su Artículo V⁵⁵, en la "*Convención Americana sobre Derechos Humanos*" en el artículo 11.2 y 3⁵⁶, entre otros.

El "Comité de Derechos Humanos" ha tenido oportunidad de valorar, ciertos casos que transgreden en derecho a la intimidad de la familia, veamos uno de ellos:

En el caso *Aumeeruddy-Czyffa vs Mauricio*, presentado ante la "Comisión de Derechos Humanos", se denuncia algunas disposiciones de la Ley de migración, según las cuales los

⁵⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos - artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques.

⁵⁵ Artículo V: Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos - artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. (inc. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

extranjeros casados con ciudadanos de Mauricio, estaban obligados a solicitar residencia para establecerse en el país, pudiendo ser sujetos a deportación sin orden judicial.

El "**Comité de Derechos Humanos**", manifestó al respecto:

"En los casos presentes, no sólo la posibilidad futura de una deportación sino la situación precaria actual, de la residencia de los maridos extranjeros en Mauricio representa, en opinión del Comité, una injerencia de las autoridades del Estado parte en la vida familiar de las esposas mauricianas y de sus maridos. Las leyes de que se tratan han tornado incierto para las familias afectadas saber si será posible para ellas continuar su vida de familia residiendo juntos en Mauricio y durante cuanto tiempo podrán hacerlo. Más aún, como se ha descrito anteriormente (párrafo 7.4) en uno de los casos incluso la demora durante años y la ausencia de una decisión positiva por la que se conceda un permiso de residencia, deben considerarse un inconveniente notable, entre otros motivos por que la concesión de un permiso de trabajo y la consiguiente posibilidad de que el marido pueda contribuir al sostén de la familia dependen del permiso de residencia, y por que en cualquier momento es posible la deportación que no está sujeta a fiscalización judicial".

Además el Comité, señaló;

"El Comité sostiene la opinión de que la protección o las medidas legales que una sociedad o un Estado han de conceder a la familia pueden variar de un país a otro y dependen de condiciones y tradiciones sociales, económicas, políticas y culturales distintas".

Es curioso observar, como lo señala Patria Palacios⁵⁷, que en principio parece una discriminación a los hombres, sin embargo quienes iniciaron la comunicación son mujeres, pues, la medida interfería arbitrariamente en su vida familiar y las obligaría a vivir sin sus cónyuges o emigrar.

La decisión se baso en el aspecto discriminatorio por razones de sexo, sin embargo, independientemente de ello; advertimos que la restricciones al derecho de residencia, las encontramos incompatibles con el Derecho de Protección a la Familia; pues, si bien, en esos tiempos se habían dado amenazas de seguridad nacional por hombres al parecer extranjeros; no exime a que las exigencias al permiso de residencia para los cónyuges extranjeros y sobre todo la negación de dicho permiso sean sin condiciones justificadas y no arbitrarias, constituyen ello una injerencia permanente a la vida familiar.

5.3. Derecho a las Relaciones de Familia

a. Derecho a la Unidad Familiar

La importancia que se le da a la familia como núcleo esencial de la Sociedad y del Estado, reconocida en los Instrumentos Internacionales, implica que dentro de los Derechos a la Protección que se le otorga, todas las normas, medidas, programas, políticas que se expidan deben tender a consolidar la familia y los vínculos entre sus miembros, promoviendo su unidad para el ejercicio real y efectivo de una vida familiar, en su caso, la relaciones a través de los regimenes de contacto o visitas y cuando ello no sea posible, que se den las garantías para su reunificación.

En cuanto a la Unidad Familiar, su importancia tendiente a mantenerla y garantizarla, se encuentra regulada en el "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*", en su Artículo 24 y en la "*Convención Americana de Derechos Humanos*" en el Artículo 19⁵⁸, normas que disponen que todo niño tendrá derechos a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Para esta protección a la familia y en especial de los niños, la comunidad internacional cuenta con un instrumento particular, me refiero a la "*Convención Sobre los Derechos del Niño*"⁵⁹, que establece determinadas obligaciones a los Estados, señalando que velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, con excepción de los casos determinados por las autoridades de conformidad a la ley y los procedimientos aplicables y que la misma sea en Interés Superior del Niño.

En el Sistema Internacional, se han presentado algunos casos, veamos.

El caso Hendriks vs. Países bajos, es especialmente particular y trata de lo siguiente: La familia radicaba en Alemania, al deteriorarse el matrimonio, la esposa desaparece y se traslada a Países Bajos, donde tramita el divorcio, y ante el reclamo del ex-esposo iniciando un proceso en dicho país, se le otorga la custodia de su hijo Win Hendriks, a la madre y en vista de que el padre esta fuera del país, la custodia es compartida con el abuelo paterno; excluyendo al padre de lamisca

⁵⁷ PALACIOS ZULOAGA, Patricia. "La No Discriminación". LOM Ediciones Santiago 2006. p.179.

⁵⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19.- Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁵⁹ Convención sobre los Derechos del Niño.

y de las visitas, sin ninguna otra razón que la oposición unilateral de la madre, infringiéndose el Artículo 23 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en su cuarto párrafo⁶⁰.

El Tribunal de Apelación de Ámsterdam, confirmando finalmente el fallo (05/1979) consideró:
"Considerando... como premisa fundamental que en principio el hijo debe tener contactos regularmente con ambos padres, si se quiere que reciba una educación equilibrada y que pueda identificarse también con el progenitor que no tiene la custodia. Que, no obstante lo anterior, puede haber casos en que no es posible atenerse a este principio. Que esto puede ocurrir particularmente, como sucede en el presente caso, cuando hayan transcurrido varios años desde que los padres se divorciaron, ambos hayan contraído nuevamente matrimonio, pero subsista un grave conflicto entre ellos. Que en un caso de esta naturaleza es probable que una orden de visita suscite tensiones en la familia del progenitor que tiene la custodia del hijo y que a éste pueda plantearse fácilmente un conflicto de lealtades. Que una situación como la descrita anteriormente no beneficiaría al niño, independientemente de cuál de los progenitores haya causado la tensión, dado que deben prevalecer los intereses del niño, o sea el derecho a crecer sin estar sometido a tensiones innecesarias. Que además el padre no ha visto al hijo desde 1974, que éste ahora lleva una armoniosa vida familiar y ha venido a considerar como su padre al actual marido de su madre".

El Comité de Derechos Humanos, indico:

"10.3. Al examinar la comunicación, el Comité estima que importa subrayar que los párrafos 1 y 4 del artículo 23 del Pacto enuncian tres reglas de igual importancia, a saber: que la familia debe ser protegida, que deben adoptarse medidas para garantizar la igualdad de derechos de los esposos en caso de disolución del matrimonio, y que deben tomarse disposiciones para asegurar a los hijos la protección necesaria. Las palabras "la familia", que figuran en el párrafo 1 del artículo 23, no designan solamente el hogar familiar tal como existe mientras dura el matrimonio. La noción de familia engloba necesariamente las relaciones entre padres e hijos. Si es cierto que el divorcio pone legalmente término al matrimonio, no es menos cierto que no disuelve el vínculo que une al padre o a la madre con el hijo. Este vínculo no depende de que se mantenga el matrimonio de los padres. Parece que la prioridad conferida al interés del hijo es compatible con esa regla".

Igualmente, agrego;

"10.4. Los tribunales son generalmente competentes en los Estados Partes para apreciar las circunstancias propias de cada caso. No obstante, el Comité estima necesario que la ley fije algunos criterios que permitan a los tribunales llegar a una aplicación completa de las disposiciones del artículo 23 del Pacto. Entre estos criterios, el mantenimiento de relaciones personales y de contactos directos regulares del hijo con ambos padres parece esencial, salvo en circunstancias excepcionales. Según el Comité, la voluntad unilateral contraria de uno de los padres no puede considerarse una circunstancia excepcional.

10.5. En el presente caso, el Comité observa que los tribunales neerlandeses, como lo había hecho anteriormente el Tribunal Supremo, reconocen el derecho del hijo a tener contactos permanentes con cada uno de sus padres, así como el derecho de visita del progenitor que no tiene la custodia. Pero dichos tribunales han considerado que esos derechos no podían ejercerse en este caso particular teniendo en cuenta el interés del hijo. Esta fue la opinión del tribunal a la luz de todas las circunstancias, aunque no declaró que hubiera habido conducta inadecuada por parte del autor de la comunicación.

11. En consecuencia, el Comité no puede concluir que el Estado Parte haya violado el artículo 23, pero señala a su atención la necesidad de completar la legislación".

Solamente corresponde mencionar al respecto que el Régimen de visitas es un Derecho de los Hijos, un Derecho y Obligación del Progenitor no conviviente y una Obligación de cumplimiento por parte del Progenitor conviviente"

Derecho de Visitas

El régimen de visitas es una situación que se plantea en caso de separación de los padres o divorcios y nulidades del matrimonio o en casos de hijos extramatrimoniales, o sea, cuando los padres no conviven. El otorgamiento de la tenencia a uno de los padres, salvo casos excepcionales, como cuando está en juego la seguridad o la salud física o psíquica de los menores, no le priva al otro progenitor su contacto con el hijo, ni el derecho de supervisar su educación, además de la obligación de cumplir la cuota alimentaria.. La "Convención de los Derechos del Niño", dispone en el artículo 9 inciso 3, que es obligación de los Estados que forman parte de esta Convención, en caso de un niño de padres separados, que estos tengan con él contacto regular y personal salvo que no sea conveniente para el niño.

"Convención de los Derechos del Niño"

"Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes

⁶⁰ "Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio... y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."

determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño."

En el caso X y YC vs Argentina⁶¹, se denunció ante la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", se denunció que las autoridades Penitenciarias del Gobierno Federal, en todas las ocasiones que la Sra. X visitó a su esposo acompañada por la hija de ambos de trece años, quien se encontraba preso, fueron sometidas a revisiones vaginales, lo cual lesiona su dignidad al ser sometidas a tal procedimiento, por carácter penal degradante que transciende la persona del penado. En dicha ocasión la comisión refiriéndose al derecho a la vida familiar, valoró:

"Comisión Interamericana de Derechos Humanos", se pronunció al respecto, indicando:

"98. La Comisión ha sostenido siempre que el Estado está obligado a facilitar el contacto del recluso con su familia, no obstante las restricciones a las libertades personales que conlleva el encarcelamiento. En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas. Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento."

Derecho de Reunificación de la Familia.

En dos importantes acuerdos sobre derechos humanos se ha establecido expresamente un Derecho a la Reunificación de la Familia: la "Convención sobre los Derechos del Niño" (CRC por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas de 1989 y la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia" de 1990.

La "Convención sobre los Derechos del Niño" (CRC) de las Naciones Unidas de 1989 y la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia" de 1990, tienen disposiciones importantes. El Artículo 8, párrafo 1 del CRC estipula la obligación de los Países Miembros de respetar el derecho del niño de preservar, entre otras cosas, sus "relaciones familiares, como lo reconoce la ley sin interferencia ilegal". También, el Artículo 9, párrafo 1 consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de su voluntad, que los Países Miembros "garantizarán". Esta disposición establece en realidad el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el Artículo 10, párrafo 1 de la misma Convención, el cual establece, entre otras cosas, que "las solicitudes por un niño o sus padres de entrar o salir de un País Miembro con el propósito de la reunificación de la familia serán tratadas por los Países Miembros de una manera positiva, humanitaria y rápida.

"Convención sobre los Derechos del Niño"

Artículo 8º

1-Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Artículo 9º

1.-Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Artículo 10º

1.-De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

De acuerdo con el Artículo 44 de la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia" de 1990, los Países Miembros reconocen la importancia social de la familia y su derecho a la protección por la sociedad y el País. Por lo tanto, estos Países tienen que "tomar medidas adecuadas para asegurar la protección de la unidad de las familias de los trabajadores migrantes". Como

⁶¹ INFORME Nº 38/96. CASO 10.506 ARGENTINA[1] 15 de octubre de 1996.

consecuencia de ello, el mismo Artículo agrega otra obligación de los Países Miembros de "tomar medidas que consideren convenientes y que sean de su competencia para facilitar la reunificación" de la familia de los trabajadores migrantes. Vale la pena señalar que el párrafo 3 del artículo 44 agrega otra obligación de los Países Miembros de "considerar favorablemente la concesión" de los derechos de reunificación de la familia "a otros miembros de la familia de los trabajadores migrantes...por motivos humanitarios".

"Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia"

"Artículo 44

1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios."

Ante la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", se presentaron dos casos relativamente antiguos: En el primero signado como **CASO 7898**, donde la esposa e hija reclamaban a Eduardo Eloy Alvarez Hernández, por reunificación familiar, quien esperaba desde el año 1961, a pesar de que contaba con todos los papeles, cerraron la salida y después le denegaron la visa y ante el intento de salir, lo condenaron por el delito de piratería o robo de embarcación, con una pena de 8 años, cuando le correspondía la aplicación del delito de salida ilegal que tiene una pena de 6 meses a tres años.

En el caso Cuba 7602⁶², (misma fecha), que también se alega violación de los más elementales derechos para la reunificación familiar, pues María Eugenia Calvar Rivero y su hija dos años, tienen visas y el dinero para salir hacia San José y el Gobierno cubano le niega la salida por tener un título universitario, además ella fue expulsada de su trabajo al haber presentado la salida del país, por lo que no se le consideraba apta como profesional de la revolución, viéndose en la necesidad de vivir de la caridad de los familiares y amigos al igual que su hija.

La "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en ambos, declaró que el Gobierno de Cuba violó el derecho a la protección de la familia consagrado en el Art. VI de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"⁶³, al no otorgar las visas de salida del país que permitan reunirse con sus familiares en el exilio.

⁶² RESOLUCIÓN N° 11/82, CASO 7898 vs CUBA, 8 de marzo de 1982 RESOLUCIÓN N° 6/82, CASO 7602 vs CUBA, 8 de marzo de 1982.

⁶³ Es necesario hacer notar que el Gobierno de Cuba, no ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, consecuentemente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, sólo puede ser objeto de peticiones ante la Comisión, más no ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues este es un organismo creado en la Convención y al cual tienen que someterse expresamente.