

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD
DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

CLAUDIA LETICIA YOL TZIB

GUATEMALA, MARZO DE 2006.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD
DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

CLAUDIA LETICIA YOL TZIB

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2006.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. Saulo de León Estrada
Vocal:	Lic. Roberto Echeverría Vallejo
Secretario:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

Segunda Fase

Presidenta:	Licda. Crista Ruíz de Juárez
Vocal:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario:	Lic. Juan Carlos López Pacheco

RAZÓN: «Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis». (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Oficina Jurídica
Luis César López Permouth

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 17 de enero de 2006



Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

De mi consideración:

Atendiendo a nombramiento oportunamente recaído en mi persona como Asesor de Tesis de la Br. CLAUDIA LETICIA YOL TZIB, en el desarrollo del tema "VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO", por este medio procedo a informarle que:

- a) He acompañado a la sustentante en el desarrollo de su trabajo, en el que se intentó respetar los criterios básicos de metodología propios de estos trabajos.
- b) Se acordó cambiar el nombre por considerar que el tema respondía más al título "VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO".
- c) En el desarrollo del tema "VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO", la sustentante ha intentado estudiar el problema - que interesa a los cónyuges, particularmente a la cónyuge mujer- a quienes, por su estado civil, se les podría afectar, en el ámbito internacional, en los planos de la libertad y la igualdad jurídicas. A tal efecto, la Br. YOL TZIB, hace mención del fenómeno de la discriminación y la visión que sobre ello da la teoría de los Derechos Humanos, tan en boga en la actualidad. Al final, hace las recomendaciones respectivas.
- d) En razón de lo anterior y de haber concluido el informe final, se dictamina en el sentido de que se llenan los requisitos exigidos a estos trabajos y el que hoy se presenta puede ser usado en el examen correspondiente, luego de los trámites que requiere nuestra casa de estudios.

Sin otro particular, atentamente,

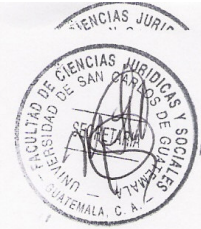
Lic. Luis César López Permouth, M. A.
Asesor de Tesis
Colegiado 2611



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinticuatro de enero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES**, para que proceda a
revisar el trabajo de tesis de la estudiante **CLAUDIA LETICIA YOL TZIB**, Intitulado:
**VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA
MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer
constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Abogado y Notario
7ª. Ave. 6-53, zona 4, oficina F
Tercer Nivel, Edificio El Triángulo
Teléfono: 2334-2048
Telefax: 2334-2049



Guatemala, 16 de febrero de 2006.

Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi,
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Licenciado:

Atenta y respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que revise la tesis de la Bachiller CLAUDIA LETICIA YOL TZIB, cuyo trabajo de tesis se intitula: "VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO". En virtud de ello informo:

1. Revisé cuidadosamente la tesis presentada por la estudiante, haciendo las observaciones pertinentes y sugiriendo los cambios que fueran necesarios.
2. Debido al tema tratado, la metodología y técnicas utilizadas son concordantes con el trabajo de investigación.
3. La estudiante realizó las correcciones sugeridas.
4. El contenido de la tesis, expuesto por la Bachiller CLAUDIA LETICIA YOL TZIB, es congruente con el tema estudiado; actualmente la igualdad de género ha sido reconocida por los diversos Estados, preponderar la ley personal del cónyuge varón con respecto a la ley personal de la cónyuge mujer cuando difieren dentro del matrimonio, es violentar la igualdad conyugal y la igualdad de género. Esta tesis es un aporte valiosísimo en la lucha contra la discriminación hacia la mujer.
5. En concordancia con lo anterior, dictamino favorablemente, en el sentido de que el trabajo de tesis descrito, puede ser discutido en el examen público respectivo, porque concurren los requisitos reglamentarios correspondientes.

Atentamente,

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Revisor de Tesis

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, trece de marzo de dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CLAUDIA LETICIA YOL TZIB, titulado VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LIBERTAD E IGUALDAD DE LA MUJER POR EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MAE/slh~~





DEDICATORIA

- A mamá y papá: María Enoé Tzib de Yol y Elias Yol Set,
por ayudarme y enseñarme el valor del esfuerzo y de la perseverancia.
- A mi hermana: Ana Marina Yol Tzib,
por ser mi ejemplo.
- A mi hermano: Luis Oswaldo Yol Tzib,
por hacerme fuerte.
- A mi esposo: Jorge Augusto Solares Ruano,
por ser mi estandarte.
- A mi hermosa hija: Daniela Salomé Solares Yol,
especialmente a ti, Salome, por ser mi razón de esfuerzo y de vida.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala,
por su magnífico elemento humano.
- A: Todos los que hicieron factible mis estudios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derechos humanos.....	1
1.1. Origen y evolución.....	1
1.1.1. Edad Antigua.....	1
1.1.2. Edad Media.....	2
1.1.3. Edad Moderna.....	3
1.1.4. Edad Contemporánea.....	4
1.2. Definición.....	6
1.3. Principios básicos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	7
1.3.1. Principio de vida, libertad e igualdad.....	7
1.3.2. Principio de no discriminación.....	9
1.3.3. Principio de seguridad.....	10
1.4. Clasificación.....	11
1.4.1. La primera generación: Derechos civiles y políticos	11
1.4.2. La segunda generación: Derechos sociales, económicos y culturales.....	14
1.4.3. La tercera generación: Derechos colectivos y de los pueblos.....	16
1.4.4. La cuarta generación: El derecho de los conflictos armados y el derecho de los refugiados y apátridas.....	17

CAPÍTULO II

	Pág.
2. Derecho humano a la libertad y el derecho humano a la igualdad.....	19
2.1. Derecho humano a la libertad.....	19
2.1.1. Origen y evolución.....	19
2.1.2. Definición.....	21
2.1.3. Clases.....	22
2.1.3.1. Libertad civil.....	23
2.1.3.2. Libertad de asociación.....	23
2.1.3.3. Libertad de locomoción.....	23
2.1.3.4. Libertad de residencia.....	24
2.1.3.5. Libertad religiosa.....	24
2.1.3.6. Libertad de expresión.....	25
2.1.3.7. Libertad de pensamiento.....	25
2.1.3.8. Libertad de reunión y manifestación.....	26
2.2. Derecho humano a la igualdad.....	26
2.2.1. Origen y evolución.....	26
2.2.2. Definición.....	27
2.2.3. Clases.....	28
2.2.3.1. Igualdad personal.....	28
2.2.3.2. Igualdad entre los cónyuges.....	29
2.2.3.3. Igualdad nacional.....	29
2.2.3.4. Igualdad de oportunidades.....	29
2.2.3.5. Igualdad salarial.....	29

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El matrimonio entre extranjeros.....	31
3.1. Antecedentes.....	31
3.2. Definición.....	34
3.3. Estatuto personal.....	35
3.3.1. Definición.....	35
3.3.2. Figuras jurídicas que se rigen por el estatuto personal.....	36
3.3.2.1. El estado civil.....	36
3.3.2.2. La capacidad legal.....	36
3.3.3. La nacionalidad y el domicilio.....	37
3.3.3.1. La nacionalidad.....	37
3.3.3.2. El domicilio.....	38
3.4. Temas principales en derecho internacional privado, con respecto al matrimonio.....	40
3.4.1. Capacidad para el matrimonio.....	40
3.4.2. Formalidades del matrimonio.....	41
3.4.3. Efectos del matrimonio.....	42
3.4.3.1. Efectos del matrimonio en cuanto a las personas.....	42
3.4.3.2. Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes.....	45
3.4.3.2.1. Regímenes económicos matrimoniales.....	48

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Violación al derecho humano de libertad y al derecho humano de igualdad de la mujer, en el matrimonio entre extranjeros, en sus efectos cuando difiere su ley personal con la del marido.....	59
4.1. Análisis de la legislación y organismos internacionales que tutelan el derecho humano a la libertad y el derecho humano a la igualdad de la mujer.....	59
4.1.1. Legislación internacional.....	59
4.1.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.....	59
4.1.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pactos de San Jose de Costa Rica.....	66
4.1.1.3. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	68
4.1.1.4. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.....	75
4.1.1.5. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.....	79
4.1.1.6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la	

	Pág.
Violencia contra la Mujer o Convención de Belem Do Pará.....	81
4.1.2.Organismos internacionales.....	84
4.1.2.1. Comite para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.....	84
4.1.2.2. Comisión Interamericana de Mujeres.....	85
4.2. Análisis del Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.....	86
4.2.1. Violación del derecho humano de libertad de la mujer por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.....	90
4.2.2. Violación del derecho humano de igualdad de la mujer por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.....	91
4.3. La validez del Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.....	94
4.4 . Propuesta de reforma al Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.....	96
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	105

INTRODUCCIÓN

La creación jurídica de la comunidad internacional enfatiza en el respeto y cumplimiento por los Estados de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente de aquellos a quienes se les han vedado desde la antigüedad, por su raza, religión y sexo.

La mujer, desde el principio de la historia ha sido considerada como un objeto, carente de voluntad, útil solamente bajo el dominio de un hombre. Situación consentida en las legislaciones que han regido las diversas civilizaciones del mundo, con contadas excepciones. Salvo éstas, en la sociedad impera el régimen patriarcal y por ende la sujeción de la mujer hacia el hombre.

El siglo de las luces y la Revolución Industrial, originan el movimiento feminista a finales del siglo XVIII, que propugna por la igualdad de derechos y deberes entre la mujer y el hombre, cuyos éxitos más palpables son apreciados en materia laboral y en el campo de derechos políticos e individuales.

La mayoría de Estados reconocen los derechos humanos, por ende la comunidad internacional fiscaliza el cumplimiento de los mismos y con el objetivo de hacerlos factibles se han realizado tratados, acuerdos y convenios internacionales en esta materia. Dentro de los documentos creados que versan sobre el derecho humano a la libertad y el derecho humano a la igualdad de la mujer, que interesan en este trabajo y son objeto de análisis se pueden mencionar: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración sobre la

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, entre otros. Los cuerpos jurídicos mencionados hacen énfasis en la libertad e igualdad que debe manifestarse entre los cónyuges dentro del matrimonio, lo que se puede inferir del análisis que contiene el presente trabajo.

Los derechos humanos a la libertad e igualdad, que tiene la mujer deben ser respetados en todos los ámbitos de su vida. Esta tesis busca determinar si existe violación o no de los derechos humanos de libertad e igualdad de la mujer por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, cuya norma dice así: "Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el del marido, en lo que toque a los deberes respectivos de protección y obediencia, a la obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, a la disposición y administración de los bienes comunes y a los demás efectos especiales del matrimonio".

En el primer capítulo, se abordan generalidades de los derechos humanos; en el segundo capítulo, se trata particularmente el derecho humano de libertad e igualdad, así como las distintas clases o tipos de estos derechos; en el tercer capítulo se hace referencia al matrimonio entre extranjeros, principalmente a los tres grandes temas que los diversos estudiosos abordan con respecto al mismo y en lo cual existe consenso: capacidad para el matrimonio, formalidades del matrimonio y los efectos del matrimonio en cuanto a los bienes; y en el cuarto capítulo se analiza la legislación internacional relativa a los derechos humanos de libertad y de igualdad, y se determina si se vulneran estos derechos por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.

Se utilizaron los métodos inductivo y deductivo, conociendo distintos enfoques de los temas y la legislación internacional que se relaciona con la misma, surgiendo así conocimientos genéricos; así como los métodos analítico y sintético, disgregando temas y la legislación relativa al objeto de estudio, permitiendo la conceptualización de esta tesis. Se buscó bibliografía, siendo difícil encontrar información relativa al tema, ya que no existe ningún estudio relativo al mismo, limitándose los tratadistas a mencionar la norma jurídica objeto de estudio.

CAPÍTULO I

1. Derechos humanos

1.1. Origen y evolución

La mayoría de especialistas en derechos humanos, afirman que el ser humano tiene derechos fundamentales desde que existe, ya que estos son inherentes a la persona; admitiendo que no siempre se les han reconocido a todos los seres humanos.

1.1.1. Edad Antigua (4000 a. C. – 476 d. C.)

En las civilizaciones china, egipcia, griega y romana, existieron seres humanos desprovistos de la protección del emperador, faraón, cónsul... es decir de quien en ese entonces representaba o era el Estado.

Jaime Guasp manifiesta que en el derecho romano y griego, se conocieron personas que no eran hombres y hombres que no eran personas, refiriéndose en el primer caso a las personas morales o colectivas, a quienes se les reconocía y protegía por el derecho y en el segundo caso a los ciudadanos, extranjeros o sujetos sometidos al potestas o poder del varón, verbigracia, esclavos (dominica potestas), hijos e hijas (pater potestas), hijos e hijas adquiridos como alieni juris pero por compra (mancipium), y a la mujer (potestas maritalis), a diferencia de la cultura

egipcia en la cual la mujer si es reconocida por el derecho. En el año 212 se emite la Constitución Antoniniana, en la cual se reconocen como ciudadanos a todos los habitantes de las provincias del Imperio Romano; sin embargo esto no implicó un reconocimiento y trato igualitario a todos los hombres.

1.1.2. Edad Media (476 – 1453)

La esclavitud, como la máxima expresión de desigualdad, sigue imperando. La mujer no es reconocida como sujeto de derechos y obligaciones, sigue sujeta a la voluntad de su padre, hermano, esposo o varón similar de la familia.

En las postrimerías de la Edad Media, “los seres humanos adquiriendo conciencia de diversos principios contenidos en las religiones que habían ignorado, como la norma budista, “no hagas a otro lo que no quieras para ti”, que se incorporó al cristianismo, o el canon religioso cristiano, “todas las personas son iguales ante Dios”, provocó movimientos que culminaron con la promulgación, por el rey de Inglaterra Juan Sin Tierra, en 1215 de la Carta Magna, en la cual se reconocen una serie de derechos a los nobles, que conforme avanza el tiempo le son reconocidos a los sectores populares, lo más relevante de ella, es la consagración de los principios de: a) respeto de los

derechos de la persona y b) la sumisión del poder absoluto del rey a disposiciones legales.”¹

Aún esta vigente la Carta Magna en Inglaterra, aunque ha sufrido modificaciones según la evolución histórica.

La Edad Media fue una época en la que primaron los derechos estamentales, propios no de los hombres, sino de los órdenes, de los estamentos en que se configuraba y estructuraba la sociedad.

1.1.3. Edad Moderna (1453 – 1789)

“En 1628, Carlos I confirma la Carta Magna por medio del documento llamado Petition of Rights, ampliándose en 1689 con el documento llamado Bill of Rights. Fundamentándose en estos documentos la Declaración de Derechos de los Representantes del Buen Pueblo de Virginia, Estados Unidos de América, en 1776, siendo el mismo pueblo el que dicta sus propias normas, lo relevante de esta declaración es la concepción de Derechos Humanos, ya que manifiesta que se derivan de la naturaleza misma del ser humano y que no son objeto de negociación por ningún motivo y que son anteriores a la formación del Estado, superando la concepción de la Carta Magna, que manifiesta que los Derechos Humanos se desprenden del

¹ Sagastume Gemmell, Marco Antonio. **Curso básico de derechos humanos**, págs. 5 y 6.

Derecho Divino, siendo esta Declaración sustento de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, que aún esta vigente.”²

La Revolución Francesa, 1789, origina la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reconociendo la igualdad y libertad de los hombres.

En la Edad Moderna, existe consenso entre los tratadistas, que surgen los llamados derechos humanos individuales, verbigracia: La vida, la igualdad, la libertad, la dignidad, entre otros, este tema se trata más adelante, en la clasificación de los derechos humanos.

1.1.4. Edad Contemporánea

En 1917, la Constitución Mexicana es aprobada, en ella aparece la división de derechos humanos individuales y derechos humanos sociales; esta división también se fortalece con la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador Explotado, el 12 de enero de 1918, al reconocer derechos económicos, sociales y culturales o como les llaman muchos derechos humanos de la segunda generación, tema que se trata más adelante.

En 1919, la Constitución Alemana de Weimar, por primera vez establece que los hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, se reconoce el sufragio universal

²Ibid, pág. 6.

femenino, igualdad de remuneración con respecto al hombre al desempeñar un trabajo igual, la mujer puede optar a cargos públicos; a partir de esta constitución la mujer inicia en Alemania una serie de reivindicaciones sociales.

Los derechos humanos se establecieron en el derecho internacional a partir de la II Guerra Mundial y, tras su conclusión, se elaboraron numerosos documentos destinados a enumerarlos, propiciar su protección, declarar su importancia y la necesidad de respetarlos. En primer lugar, hay que citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que distingue entre derechos relativos a la existencia misma de la persona y los relativos a su protección y seguridad, a la vida política, social y jurídica de la misma, y los derechos de contenido económico y social. Son, asimismo, relevantes: la Declaración de Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1959; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, suscrita el 20 de diciembre de 1959; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estos dos últimos adoptados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. En el ámbito europeo, cabe destacar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, nacida el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa, y que cuenta con una Comisión y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

con competencia, llegado el caso, para proceder al examen y la resolución de conflictos relacionados con la vulneración de los derechos y libertades contenidos en la Convención.

1. 2. Definición

Según Antonio Truyol y Serra, citado por Sagastume Gemmell

“Los derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual, equivalen a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.”³

Se infiere de esta definición que todo ser humano por serlo tiene derechos fundamentales, que no nacen de una sociedad políticamente organizada sino de su ser.

Según Gregorio Peces-Barba

“Los derechos humanos son la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto

³ **Ibid**, pág. 1.

de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”⁴

“Esta es una definición de carácter dualista o ecléctica busca conciliar la corriente positivista con la iusnaturalista, manifiesta que los derechos humanos surgen del hecho de ser una persona humana, y que son protegidos por un Estado de derecho”.⁵

Se determina en base a las definiciones anteriores que los derechos fundamentales son el conjunto de facultades que el ser humano tiene por el hecho de serlo, facultades que le son propias e inherentes, reconocidas y protegidas por las sociedades jurídicamente organizadas.

1.3. Principios básicos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

1.3.1. Principio de vida, libertad e igualdad

Artículo 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La declaración adopta la tesis iusnaturalista al considerar que todos los seres humanos por serlo nacen libres e iguales

⁴ Citado por: Bidart Campos, Germán J., **Teoría general de los derecho humanos**, pág. 227.

⁵ Martínez Gálvez, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos**, pág. 24 y 25.

en dignidad y derechos. No es el Estado entonces el que determina las condiciones de libertad e igualdad en que se nace, o lo que es lo mismo, el derecho no depende de la voluntad de éste, como lo sostenía la corriente positivista muy en boga anterior a la Declaración. El nacer libre e igual, es una condición natural del ser humano y es, por tanto un derecho natural, inalienable y superior a la existencia del Estado. Por consiguiente, a ninguna persona puede considerársele en condiciones contrarias a dicho status.

El Artículo 1 de la Declaración que reafirma lo expresado en el primer considerando, hace una clara alusión a la abolición de la esclavitud, pero también y modernamente reconoce iguales derechos a los hijos cualquiera que sea la condición de los padres en relación al matrimonio.

Se confunde en este Artículo, el concepto de libertad y del derecho, según los especialistas en esta materia, en el sentido de que el primero pertenece al mundo de los hechos, en tanto el segundo al campo jurídico o normativo. Como Arturo Martínez Gálvez, se comparte la posición de García Bauer,⁶ al manifestar que todo derecho incluye el de libertad, sin embargo la Declaración se refiere a la libertad de hecho y no a la libertad jurídica, no se esta manifestando,

⁶ Citado por : Martínez Gálvez, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos**, pág. 310.

que no es un derecho, al contrario todos son derechos según el espíritu de la Declaración.

Al manifestar la Declaración el término "fraternalmente", se refiere a un aspecto moral y no jurídico, en cuando que todos deben comportarse como hermanos. Esta expresión conlleva a afirmar la tesis de que la Declaración no constituye un instrumento jurídico sino moral. Tesis no valida en los Estados en los cuales esta declaración es considerada parte de su ordenamiento jurídico, y por lo tanto es un cuerpo jurídico, y la norma moral se convierte en una norma jurídica, con las características propias de esta, como: coercitiva, obligatoria y general.

1.3.2. Principio de no discriminación

Artículo 2. 2.1. "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2.2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

Todos gozan de los mismos derechos que señala la propia Declaración, *sin distinción alguna*, sea cual fuere la condición o la situación en que se halle el ser humano o en el lugar en que este. El segundo párrafo se refiere a lo no discriminación por la condición política en que se encuentre la persona en relación a un país determinado sea un país libre o sujeto a cualquier condición política, el primer párrafo se refiere a la no discriminación por razones de la persona misma; y el segundo, a la persona pero en relación al país del que depende la misma.

La denominación "universal" manifiesta que todos y en todos los lugar del mundo, somos iguales. El Artículo 2, también hace referencia al principio de igualdad, ampliándolo al color y a la opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, incluyendo lo contenido en el segundo párrafo.

1.3.3. Principio de seguridad

Artículo 3. " Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Este principio manifiesta que los Estados deben crear los mecanismos adecuados para asegurarle a los seres humanos el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

Todos los demás derechos enunciados en la Declaración son una consecuencia y un desarrollo de los tres mencionados, por eso Arturo Martínez Gálvez, posición que se comparte los ha incluido en los "principios básicos". Estos derechos son parte de los derechos humanos individuales y también de los derechos humanos sociales, ya que no es posible vivir plenamente ni ser libre si no tiene el ser humano las condiciones mínimas para la realización efectiva de dichos derechos.

Se determina en base a lo anterior que, el derecho humano de libertad y el derecho humano de igualdad son principios básicos, deben estar presentes en todas las circunstancias de la vida del ser humano, y por ende deben respetarse y hacerse factibles en la institución del matrimonio.

1.4. Clasificación

1.4.1. La primera generación: Derechos civiles y políticos

El concepto generación, cuando se aplica a los derechos humanos responde a dos criterios, uno histórico y otro temático, trata de explicar la aparición sucesiva de series o grupos de derechos en distintos momentos de la historia contemporánea y de tal manera que cada generación incluya derechos de una misma clase. Así, la primera generación aparece en la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia en Europa e Hispanoamérica entre

los siglos XVIII y XIX, comprende los derechos civiles y políticos. Se encuentra contenida en la Declaración Universal de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención Europea de 1950 y la Convención Americana de 1969.

Según Hernando Valencia Villa, sus características principales son: "derechos antiguos o clásicos, cuyos orígenes se remontan a los primeros antecedentes documentales; su titularidad y su ejercicio suelen ser individuales; buena parte de ellos corresponde a las llamadas libertades negativas, de resistencia o de oposición, que se definen ante todo por la actitud necesariamente abstencionista del Estado; son exigibles de manera coactiva, lo cual significa que su reconocimiento y ejercicio tienen prioridad; son los únicos respecto de los cuales algunos instrumentos internacionales disponen de mecanismos de protección judicial o cuasijudicial; y en ellos se concentra o se agota la gestión de la comunidad internacional de derechos humanos y de las organizaciones no gubernamentales en particular. Por ello es que reciben con frecuencia el calificativo de fundamentales."⁷

Se encuentran dentro de los derechos humanos de la primera generación, según Hernando Valencia Villa: "el derecho a la libertad; derecho a la igualdad; derecho a la dignidad; derecho a la vida y a la seguridad personal;

⁷ Los derechos humanos, pág. 43 y subsiguientes.

derecho a no ser torturado ni sometido a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; derecho a no ser sometido a la esclavitud; derecho de servidumbre o tráfico de seres humanos; derecho a la personalidad jurídica; derecho a la justicia; derecho a la exhibición personal o derecho a no ser arbitrariamente arrestado o detenido; derecho de defensa o garantía del debido proceso judicial; presunción de inocencia; derecho a la intimidad; derecho al asilo; derecho a la nacionalidad; derecho al matrimonio y a la familia; derecho a la propiedad privada; derecho a la libertad de religión, pensamiento, de opinión, de expresión; derecho de reunión y de asociación y el derecho de participar⁸, esta lista no es definitiva, al contrario pueden incluirse muchos más y así se manifiesta en la realidad, conforme avanza el tiempo y se aprueban instrumentos regionales e internacionales.

Lo relevante es que las libertades civiles y políticas hacen posible la vida en sociedad y su vigencia efectiva establece la diferencia entre la barbarie y la civilización. Por ello se exige su reconocimiento y protección en todo Estado que pretenda formar parte de la comunidad internacional.

Los derechos humanos individuales o de la primera generación, son las facultades inherentes al individuo por su naturaleza de ser humano.

⁸ **Ibid.**

El derecho humano de igualdad y el derecho humano de libertad, que se consideran vulnerados, según la hipótesis planteada, por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, dentro de la institución del matrimonio, son derechos humanos individuales, que le asisten a todos los individuos, sin distinción de raza, de sexo, de color u otra diferencia similar; se relacionan con ellos otros derechos individuales, como: el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad, entre otros, tema que será abordado en el capítulo IV del presente trabajo. Cabe mencionar que algunos autores como Hernando Valencia Villa, consideran al matrimonio, así como a la familia, derechos humanos individuales y no sociales, posición que se difiere porque el matrimonio esta conformado por más de una persona, es base de la forma primaria de organización social, la familia, son derechos humanos factibles cuando existen dos o más personas, no sólo una.

1.4.2. La segunda generación: Derechos sociales, económicos y culturales

Se originan de las revoluciones nacionalistas y socialistas que reemplazaron el Estado gendarme por el Estado de bienestar y sancionaron la intromisión de las masas en la sociedad contemporánea. Esta segunda serie de libertades está asociada a un conjunto de fenómenos y procesos de modernización social, económica, política y cultural que viven muchos países occidentales y algunos orientales a

partir de las primeras décadas del siglo XX. Las nuevas libertades sociales no resultan exclusivamente de la operación de un solo factor como la acción reivindicativa de los sindicatos obreros o de los partidos izquierdista, o de los empresarios, sino más bien del compromiso forzado entre unos y otros ante el empuje de la crisis, al igual que de la influencia ambiental de las ideas socialistas y socialdemocráticas.

Los instrumentos que los consagran son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en siete de sus artículos finales, en ellos se encuentran contenidos los siguientes derechos humanos: el trabajo, la familia, la salud, la educación y la justicia social, principalmente y el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y en lo regional la Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana.

Se encuentran dentro de estos derechos sociales, económicos y culturales, los siguientes: derecho al trabajo; derecho a condiciones de equidad, dignidad, seguridad e higiene en el trabajo; derecho de asociación sindical, de huelga y de negociación colectiva; derecho a la protección especial de las madres trabajadoras y los menores trabajadores; derecho a la seguridad social; derecho a la calidad de la vida; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la cultura, el arte y la ciencia,

derecho al matrimonio, derecho a la familia, derecho a la igualdad de los cónyuges, derecho a la igualdad de los hijos, entre otros.

Interesan en este trabajo, principalmente los derechos humanos sociales de: igualdad entre los cónyuges, el matrimonio y la familia; ya que se considera vulnerada la igualdad que tiene la mujer, como cónyuge, por el artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.

Los derechos humanos sociales o de la segunda generación, son facultades que tienen los hombres y mujeres, por vivir dentro de una sociedad organizada, que le son necesarios para desarrollarse dentro de un círculo social.

1.4.3. La tercera generación: Derechos colectivos y de los pueblos

Son producto de un constitucionalismo pluralista o solidario que aun no ostenta la coherencia ni la legitimidad de los derechos humanos de primera y segunda generación, es decir que inician su paso en los textos jurídicos y en las costumbres políticas.

“Son notas distintivas de estos: que son contemporáneos, al punto de que no han sido aún objeto de codificación sistemática; tanto su titularidad como su ejercicio son colectivos; se trata de libertades comunitarias o

de solidaridad, que pretenden la protección de bienes comunes que a veces trascienden las fronteras nacionales y que exigen del Estado el cumplimiento de ciertas prestaciones; no son justiciables o exigibles; no implican necesariamente obligaciones de contenido económico en cabeza del Estado; y su defensa se traduce casi por entero en presión política y discurso ideológico, con excepción de alguna actividad litigiosa observable en los terrenos del medio ambiente y de las minorías étnicas”.⁸

Derechos humanos de la colectividad o de la tercera generación, son facultades que le asisten a los seres humanos y que les permiten vivir dentro del planeta tierra, en paz, en armonía, de forma saludable y en un planeta ecológicamente equilibrado.

1.4.4. La cuarta generación: El derecho de los conflictos armados y el derecho de los refugiados y apátridas

El derecho de los conflictos armados origina dos conjuntos de reglas: el derecho humanitario o el derecho de Ginebra y el derecho de la guerra o derecho de la Haya.

El objetivo de estos derechos es respetar como mínimo la vida y la integridad de los combatientes, como de los civiles, cuando hay un conflicto armado, estos derechos humanitarios son los que imperan en tiempos de guerra y se

⁸ Valencia Villa, Hernando. **Los derechos humanos**, pág 51.

diferencias de los derechos humanos que imperan en tiempo de paz, sin embargo muchos autores y estudiosos manifiestan que conforman la cuarta generación de derechos humanos.

El derecho de los refugiados y apátridas se originan por la catástrofe humanitaria ocasionada por la Segunda Guerra Mundial y particularmente por el holocausto judío, estudiosos alemanes manifiestan que el derecho primario es la ciudadanía, y sólo cuando el ser humano esta desprotegido por su país o por un Estado, pueden ser objeto de las más atroces manifestaciones de la humanidad, antes de exterminar a los judíos fue preciso hacerles perder su nacionalidad.

Su origen se manifiesta en la comunidad internacional cuando se ordena a una agencia especializada del sistema de las Naciones Unidas para atender a los individuos y grupos desarraigados, por motivos políticos, de su país de origen o de residencia.

Se mencionan los derechos humanos de la tercera y cuarta generación a grandes rasgos y sólo por conocimiento, por formar parte de la clasificación de derechos humanos que se ha elegido, por ser la más aceptada, aunque no se tratan en esta tesis.

CAPÍTULO II

2. Derecho humano a la libertad y el derecho humano a la igualdad

2.1. Derecho humano a la libertad

2.1.1. Origen y evolución

Las civilizaciones antiguas, consideraban la esclavitud necesaria para su existencia. En el siglo XIII, el poder de la nobleza se manifiesta con la emisión de la Carta Magna por el rey Juan Sin Tierra de Inglaterra que tras ya no poder con la presión del grupo de barones ingleses, se ve obligado a aprobarlo; este documento tiene gran significado en la historia de las libertades de los pueblos, sin embargo la esclavitud persiste. Al final de la época medieval, el Renacimiento plantea el problema de la libertad intelectual y de conciencia, con constantes desafíos a los dogmas de la Iglesia Católica, como lo hace también la reforma protestante que aporta ideas totalmente diferentes a la libertad en todas sus manifestaciones.

Las revoluciones contribuyeron a determinar y consolidar la libertad. En el siglo XVII, en Inglaterra, tuvo lugar la Revolución Gloriosa (1688-1689), movimiento que sustituyó la monarquía absoluta por una monarquía constitucional y parlamentaria, cuyo mayor aporte a los derechos humanos, es el documento conocido como: Bill of Rights, aprobado en

el parlamento en 1689, que trajo consigo el establecimiento de un gobierno representativo en Inglaterra; es relevante en esta declaración que se les reconocen derechos a las mujeres nobles: como la libertad de decidir si contrae matrimonio o no, así como elegir a su esposo, entre otros; la corona inglesa se le otorga a María, contenía este documento la disposición que permitía a Ana, la hermana de la Reina María sucederle en el trono, en caso ésta no tuviese descendencia. Otro documento que también contribuye a la consolidación del derecho humano de libertad es la Declaración de Independencia Estadounidense que proclamó la libertad frente a Inglaterra, y la Constitución de Estados Unidos, cuyas diez primeras enmiendas, siguen el modelo del Bill of Rights, contienen la enumeración de los derechos civiles, supuso el primer eslabón en la cadena de las sucesivas constituciones nacionales.

Se destruyó el sistema feudal en Francia y se estableció el sistema del gobierno representativo, con la Revolución Francesa en 1789, su fuente intelectual fue Ilustración.

La Revolución Francesa en 1789, definió la libertad como un derecho natural del hombre a actuar sin interferencias de ninguna clase, al tiempo que estableció la necesidad de limitaciones a la libertad para con ello procurar la existencia de una organización social propia. Se termina la teoría del origen divino del poder real, las nuevas teorías ponían el fundamento del poder en el pueblo, y que la tiranía

comienza cuando, ignorando esa procedencia, se violan los derechos individuales. Se encuentra el origen ideológico de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, que sirvió como modelo para la mayoría de las declaraciones sobre la libertad adoptadas por los estados europeos del siglo XIX.

En América Latina, se sustenta la tesis liberal, basada en las ideas de libertad personal y de comercio, durante las dos primeras décadas del siglo XIX.

La libertad es concebida de forma distinta por la Revolución Rusa de 1917, la cual se deja entrever en el Estado resultante (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), de acuerdo con la ideología marxista en la que se basó su Constitución, mantuvo que todo reconocimiento de la libertad individual favorecía al individuo concreto, pero siempre en perjuicio de la mayoría de la población. La verdadera libertad era posible sólo por medio de la eliminación de la clase explotadora. El éxito de la revolución consistió en el anuncio de una nueva era de la libertad del hombre. Pero el gobierno de tipo dictatorial y opresor de Iósiv Stalin llevó a no poca gente a considerar que el socialismo, basado en la tesis de la propiedad colectiva de los medios de producción, desemboca sin remedio en la dictadura.

2.1.2. Definición

Según la enciclopedia Encarta

“Es la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen”.⁹

Según el diccionario enciclopédico Océano Uno Color

“Facultad humana de determinar los propios actos. Facultad de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes y a las buenas costumbres”.¹⁰

La libertad –es un indefinible filosófico-, por ende la mayoría de tratadistas se limitan a enumerar los cánones normativos que la mencionan; aún con lo antes manifestado, y con el riesgo de no dar una definición completa, se dice que la libertad conlleva la realización o abstención por las personas de hechos, actos o circunstancias sin sujeción más que a las normas legales, que protegen a las demás personas y la vida social. Se considera dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como principio básico, inspirador de este instrumento internacional.

2.1.3. Clases

⁹ Enciclopedia Microsoft Encarta. **Disco Compacto**, 2000.

¹⁰ Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color, pág. 958.

La libertad, como derecho o facultad es muy amplia y a permitido el actuar humano en diversos ámbitos, es por ello que actualmente aparecen una gran modalidad o clases de libertad, me limitare a mencionar las más relevante.

2.1.3.1. Libertad civil

Es el poder de autodeterminación de la persona, es decir el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, dentro de los límites legales, como sujeto de derecho, para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación dentro de la sociedad.

2.1.3.2. Libertad de asociación

Derecho a constituir agrupaciones permanentes y organizadas para la consecución de fines comunes. Más que derecho fundamental del individuo, se trata de una garantía institucional de ejercicio no ilimitado.

2.1.3.3. Libertad de locomoción

También es conocido como libertad de circulación. Facultad de estar dentro de un Estado, en cualquier lugar, como de salir y entrar en él.

2.1.3.4. Libertad de residencia

Consiste en la facultad de elegir en que lugar vivir o asentarse, esta relacionado con la libertad de locomoción y es considerado muchas veces como sinónimos; sin embargo la libertad de locomoción implica ir o estar en un lugar determinado, en cambio la residencia conlleva la convicción de decidir vivir o establecerse en un lugar determinado por un tiempo considerable.

2.1.3.5. Libertad religiosa

Derecho del individuo a no ser perseguido o molestado por sus convicciones religiosas. Presenta dos vertientes fundamentales: a) libertad de conciencia, modalidad de la libertad de pensamiento referida al ámbito religioso y moral, cuya individualización con denominación propia (libertad religiosa) procede de haber sido históricamente la primera manifestación reconocida de la libertad de pensamiento; b) libertad de cultos, faceta de la libertad de expresión del pensamiento y, como tal, limitada. Además de este núcleo esencial, forman parte de la libertad

religiosa otros derechos accesorios como la libertad de proselitismo y de congregación o fundación.

2.1.3.6. Libertad de expresión

Derecho del individuo a exponer libremente sus pensamientos y opiniones sin sujetarse a previa autorización o censura. A diferencia de la libertad de pensamiento y opinión (de la que es consecuencia), que constituye un derecho absoluto, la libre expresión puede ser regulada por el ordenamiento jurídico para que no afecte a los derechos de los demás ni al orden público, de ahí que las Constituciones y Declaraciones internacionales, a la vez que reconocen el derecho, fijen sus límites.

2.1.3.7. Libertad de pensamiento

Derecho del individuo a no ser perseguido, sancionado o molestado por sus pensamientos, opiniones o creencias. Este derecho tiene carácter absoluto (a diferencia de la libertad de expresión del pensamiento), no precisa de regulación alguna, bastando con la exigencia de su respeto por individuos y poderes públicos. Su reconocimiento está históricamente ligado al de la libertad religiosa, como libertad de conciencia,

para luego generalizarse en la libertad de opinión.

2.1.3.8. Libertad de reunión y manifestación

Derecho a congregarse transitoriamente con otras personas para un fin común, bien en forma estática (reunión) bien con carácter dinámico (manifestación). No se trata de derechos fundamentales del individuo anteriores al Estado, sino más bien de garantías institucionales otorgadas al individuo como miembro del grupo y no ilimitadamente.

De las anteriores clases de libertad, las que se consideran violentadas por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, son: la libertad civil, la libertad de locomoción, la libertad de pensamiento y la libertad de residencia, que se desarrollan en el capítulo IV.

2.2. Derecho humano a la igualdad

2.2.1. Origen y evolución

Según la tesis marxista los seres humanos, en la época primitiva viven en comunidad, entre ellos no había distinción de ninguna clase. Conforme avanza el tiempo, surge la división social del trabajo, y con ella, las clases sociales,

entre éstas la clase social baja, esta conformada por seres humanos que eran desconocidos como tales, considerados animales u objetos, con carencia de cualquier derecho, es el esclavo, principalmente, aunque no debe dejarse olvidada a la mujer, sin embargo, esta le aventajaba en algunos aspectos al esclavo, que carecía de lo más mínimo, un trato consciente, humano y digno, producto de ello es la fuerte lucha francesa, que culmina con la Revolución de 1789, y posteriormente como ya se ha manifestado en los temas anteriores siguen una serie de hechos que buscan el reconocimiento de derechos fundamentales, básicos del ser humano, culminando así esta cruel etapa de la vida humana, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, el principio de igualdad ha adoptado e inspirado una diversidad de instrumentos jurídicos internacionales, como regionales e internos, en cada Estado.

En la actualidad el concepto igualdad guarda estrecha relación con la no discriminación, uno implica necesariamente al otro, como se demostrará en el análisis de la legislación que se realizará más adelante.

2.2.2. Definición

Según Arturo Martínez Gálvez

“Es una condición del mismo derecho, en el que todos gozan de los mismos derechos y libertades jurídicas sin

distinción de ninguna especie, pero cuando esta se produzca tienen igual protección ante la ley, no importando su posición social, condición económica, su sexo, credo, opinión política o cualquier otra circunstancia".¹¹

Según el diccionario enciclopédico Océano Uno Color

"Principio jurídico que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos".¹²

Igualdad, significa que todos los seres humanos merecemos un trato justo, sin distinción, exclusión o restricción de ninguna especie; somos considerados lo mismo y de la misma forma ante la ley.

2.2.3. Clases

Se hará mención sólo de las clases de igualdad más sobresalientes, ya que todas únicamente son modalidades; su origen y sustento es el mismo.

2.2.3.1. Igualdad personal

Es la facultad que se le confiere a todas las personas, estableciendo que se respetarán sus derechos individuales como persona, que no habrá hacia ella ningún tipo de discriminación.

¹¹ Martínez Gálvez, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos**, pág. 318.

2.2.3.2. Igualdad entre los cónyuges

Consiste en que los cónyuges tienen iguales derechos y obligaciones dentro del matrimonio.

2.2.3.3. Igualdad nacional

Manifiesta que toda persona no será discriminada, por su condición política o su nacionalidad, ya sea que su origen sea un país libre o bajo un régimen distinto.

2.2.3.4. Igualdad de oportunidades

Todas las personas deben tener las mismas oportunidades para acceder al mercado de trabajo, y no se debe ser objeto de discriminación por razón de sexo, raza, edad o creencias religiosas.

2.2.3.5. Igualdad salarial

Todos los trabajos similares (o todos los trabajos con igual productividad) tienen que estar regulados por el mismo tipo de condiciones y remuneraciones.

¹² Enciclopedia Océano Uno Color, pág. 841.

De estas clases de igualdad interesan únicamente la igualdad personal y la igualdad entre los cónyuges, para la presente tesis, mismas que serán tratadas más adelante.

CAPÍTULO III

3. El matrimonio entre extranjeros

3.1. Antecedentes

En la comunidad primitiva, el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer, era desconocido; según estudios imperaba promiscuidad absoluta en la misma, surgiendo luego, el régimen matriarcal, ya que solamente era conocida la identidad de la madre con exactitud, mas no la del padre. Posteriormente se comienzan a realizar matrimonios entre grupos comunitarios, lo que muchos estudiosos sociales, conocen como "promiscuidad relativa".

En la antigüedad, la mayoría de civilizaciones consideraban al matrimonio de carácter religioso, por ello éste es celebrado por medio de rituales religiosos.

El matrimonio se pactada previamente en la mayor parte de culturas antiguas, entre los padres de los contrayentes desde temprana edad de los futuros esposos, o a elección del varón, generalmente; excepcionalmente el futuro esposo, era escogido por la mujer, rito que en la cultura hindú, era conocido como Swayamvaram, igual manifestación se encuentra en la cultura egipcia.

Los griegos en su época de oro, lo consideraron indisoluble, imperaba el régimen patriarcal y la monogamia, antes de la

invasión romana, es aceptado el divorcio, perdiéndose la concepción que sobre éste se tenía. Roma, al igual que los griegos, concibieron el matrimonio al principio bajo un régimen patriarcal y de carácter monogámico, conforme avanza el tiempo se admite el divorcio, y su final es similar al de la cultura griega. Los árabes desde el inicio de su cultura, han concebido al matrimonio como sagrado, basado en su religión, de carácter poligámico y patriarcal.

Es el apareamiento de la época cristiana, que únicamente admite el matrimonio entre un hombre y una mujer (monogámico), y lo eleva a sacramento, otorgándole, el carácter indisoluble, sin admisión del divorcio, salvo el reconocimiento del derecho llamado Paulino, o la dispensa papal. Concepción que aún se conserva en la cultura occidental, y se ha arraigado en casi todo el mundo con variantes, como la admisión del matrimonio civil o/y religioso, siempre de carácter monogámico.

Con respecto al régimen patriarcal, en el matrimonio, inicia su deterioro, producto de las declaraciones, convenciones, tratados y más instrumentos jurídicos sobre derechos humanos que los Estados han reconocido, el derecho humano de libertad e igualdad de los seres humanos es el estandarte y base principal de esta afirmación, ya que promulga libertad e igualdad entre los contrayentes y esposos, sin embargo su desaparición es lenta producto de un régimen o costumbre de miles de años. El régimen patriarcal, y la poligamia aún imperan en la cultura árabe, afgana y otras del oriente medio, en forma absoluta.

Con la breve descripción del devenir histórico del matrimonio, como fusión de vidas entre hombre y mujer, se puede determinar que ha sido considerado, de carácter civil o religioso. Diversas concepciones del matrimonio, origina diversas formas de regulación, y por ser el matrimonio por excelencia la base fundamental de la familia, origina conflicto entre los ordenamientos jurídicos de los Estados, cuando personas de distintos Estados contraen matrimonio.

Uno de los mayores conflictos que existe entorno a la figura del matrimonio, en el ámbito internacional, consiste en determinar si debe aceptarse sólo el matrimonio monógamo o aceptar también el matrimonio polígamo, con respecto a ello, cada Estado adopta una posición. "En los países occidentales se reconoce sólo los matrimonios extranjeros monógamos y concluidos para toda la vida, sin que esto último se oponga a su disolución. En el caso del matrimonio polígamo, se considera el primero válido y los subsiguientes nulos; contrario es el derecho inglés, posiblemente influenciado por el hecho de que, en la época del Imperio, muchos millones de súbditos ingleses, asiáticos, africanos, practicaban la poligamia. En ese derecho se considera matrimonio polígamo aquél que no impide la celebración de otros matrimonios subsiguientes, sea que éstos lleguen o no a celebrarse; se considera injusto estimar como válido el primer matrimonio y nulos los demás sino que a todos por igual les concede efectos civiles si han sido válidamente contraídos conforme la ley del lugar de la celebración; y al que ha contraído válidamente un matrimonio

polígamo no se le permite contraer uno monógamo en Inglaterra”.¹³ Por ello hay falta de consenso sobre las condiciones intrínsecas a que se sujeta la validez del matrimonio, sus formalidades, sus efectos jurídicos, su disolución, entre otras.

Aún con las diversas concepciones y debido a los constantes matrimonios que se realizan entre extranjeros, los Estados obligadamente han normado el matrimonio entre personas de diversa nacionalidad, prueba de ello son: el Código de Derecho Internacional Privado en América y la Convención de la Haya en Europa, siendo el Artículo 43 del primer cuerpo jurídico mencionado, objeto de estudio en esta tesis.

3.2. Definición

Según Alejandro Montiel

“Es un tipo de unión entre hombre y mujer que tiene efectos legales más sólidos que cualquier otro.”¹⁴

Según Portalis

“Es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse a asistirse mutuamente y así sobrellevar el peso de la vida, compartiendo una misma suerte”.¹⁵

¹³ Montiel Argüello, Alejandro. **Manual de derecho internacional público y privado**, pág. 304.

¹⁴ **Ibid**, pág. 304.

¹⁵ Citado por: Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho internacional privado**, séptima edición, pág. 133.

Se comparte la definición de ambos tratadistas, ya que manifiestan que es unión entre hombre y mujer, no dice entre una mujer y un hombre, de tal forma que permite y admite la monogamia y poligamia, no con esto parcializando o tomando una posición entre monogamia y poligamia, sino aceptando la definición por lo amplia y adaptable a la diversidad de culturas y con el objetivo de cumplir el principio de conservación de la especie humana, compartir la existencia y ayudarse entre sí; así mismo son definiciones que no tienen ninguna inclinación religiosa, civil o de cualquier otro tipo.

El matrimonio es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de un creación técnica del derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.

3.3. Estatuto personal

La mayoría de ordenamientos jurídicos consideran al matrimonio, parte del estado civil, y junto con la capacidad, conforman el estatuto personal. Debido a ello, es necesario explicar el estatuto personal.

3.3.1. Definición

“Es esa ley que adhiriéndose, por así decirlo, a la persona, regirá su “quehacer personal”, su estado, su

capacidad, sin dejar de lado lo referente a las "personas jurídicas, y en nuestra legislación "las relaciones de familia". En este aspecto atenderemos "a la persona"."¹⁶

La ley personal o el estatuto personal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el estado y la capacidad de las personas; no se incluyen las relaciones de familia porque con respecto a ello no existe consenso internacional.

3.3.2. Figuras jurídicas que se rigen por el estatuto personal

3.3.2.1. El estado civil

Es la relación en que se halla una persona, consigo mismo, con respecto a la familia, al matrimonio y al Estado.

Se manifiesta que es el cúmulo de relaciones jurídicas de la persona dentro del ordenamiento jurídico privado, por ello es un atributo de la persona humana que surge, se modifica y se extingue, puede recuperarse. Por ello el estado civil, tiene las siguientes características, es intransmisible; irrenunciable; no susceptible de transacción e imprescriptible.

3.3.2.2. La capacidad legal

¹⁶ **Ibid**, pág. 79.

Es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, ya sea por sí o a través de otro. Relevante importancia tiene la capacidad, ya que la capacidad legal o de ejercicio, es decir la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones por si mismo, difiere en las legislaciones, punto medular para determinar la capacidad para contraer matrimonio y sus subsiguientes efectos.

3.3.3. La nacionalidad y el domicilio

La pregunta central, en el ámbito de Derecho Internacional Privado, es ¿qué ley rige la capacidad y el estado de las personas? Para ello existen dos sistemas, una que manifiesta que el estatuto personal se rige por la nacionalidad y el otro sistema que determina que se rige por la ley del domicilio.

3.3.3.1. La nacionalidad

En Europa se inclinan por la ley nacional, es decir la ley del Estado del cual es nacional la persona individual; a su favor se manifiestan las siguientes razones:

- Lazo más permanente que el domicilio;
- La legislación atiende condiciones físicas, fisiológicas y psíquicas, por ejemplo se toma en

cuenta el clima, la educación, las buenas costumbres de un determinado país para fijar la edad mínima para contraer matrimonio;

- Fácil de determinar si se toma en cuenta la movilidad de las personas;
- Se sigue en países europeos o de mayor tradición jurídica;
- El lazo creado por el domicilio es eminentemente territorial y no conlleva necesariamente permanencia.

3.3.3.2. El domicilio

Muchos sistemas jurídicos, como el nuestro adoptan la ley del domicilio, por lo siguiente:

- Generalmente es el asiento normal de la actividad de la persona humana, de su familia, de sus intereses económicos, morales y sociales;
- Se elige intencionalmente, ha sido voluntariamente escogido;
- Facilidad para su determinación, cuando son personas que carecen de nacionalidad, los apátridas;
- La existencia de Estados federados y confederados, permite su aplicación;

- El vínculo que crea el domicilio es al mismo tiempo territorial y nacional;
- En donde se ejercitan las aptitudes jurídicas, deben de ser reguladas;
- Se aplica con facilidad en países donde predominan o hay inmigrantes y
- Fomenta la democracia.

Generalmente, se acepta la ley del domicilio.

El Código de Derecho Internacional Privado, no adopta ningún sistema con preferencia, según se puede apreciar, en su Artículo 3, que dice: “para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país denominadas personales o de orden público interno.”

En conclusión, el estado y la capacidad, se rigen por la nacionalidad, que es la especial relación de un Estado con determinadas personas o por el domicilio, consistente en el lugar que una persona elige voluntariamente o que le asigna la ley como centro de sus actividades, de tal forma

que en este lugar, surgen sus derechos y obligaciones.

Precisamente la discrepancia que puede existir entre el derecho personal de los cónyuges, es uno de los puntos centrales, que es necesario abordar en este trabajo, ya que la disparidad de los mismos, permite la violación del derecho humano de libertad y del derecho humano de igualdad de la mujer con relación al marido, en el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional.

3.4. Temas principales en derecho internacional privado, con respecto al matrimonio

3.4.1. Capacidad para el matrimonio

La solución inicial que se le dio a este problema fue originada por los estatutarios holandeses, consistía en aplicar la ley del lugar de la celebración, regla que aún se aplica en el derecho anglosajón y en los tratados de Montevideo, el tratadista Sánchez de Bustamante manifiesta que someter la capacidad para contraer matrimonio al lugar de su celebración, permite a las personas, liberarse por un simple viaje de sus incapacidades para contraerlo, sin embargo Alejandro Montiel Argüello, dando una respuesta acertada manifiesta que esto no es posible, ya que el orden público y del fraude de ley elimina el

peligro, conceptos y figuras jurídicas, aceptadas universalmente por las legislaciones de los distintos Estados.

“Savigny propuso la ley del domicilio y Mancini la de la nacionalidad. Esta última es la adoptada por la Convención de la Haya de 1902, agregando la aceptación del reenvío.”¹⁷

El Código de Derecho Internacional Privado, en su Artículo 36, establece, “los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa”; que de conformidad con el Artículo 3 del mismo cuerpo normativo, la ley personal será determinada según la nacionalidad o el domicilio de la persona. A su vez el Artículo 38, dice, “la legislación local es aplicable a los extranjeros en cuanto a los impedimentos que por su parte establezca y que no sean dispensables, a la forma del consentimientos, a la fuerza obligatoria o no de los esponsales, a la oposición al matrimonio, a la obligación de denunciar los impedimentos y las consecuencias civiles de la denuncia falsa, la forma de las diligencias preliminares y a la autoridad competente para celebrarlo. En Guatemala ningún impedimentos es dispensable, de modo que no podría celebrarse el matrimonio de una persona que tenga impedimento de cualquier clase que éste sea.

¹⁷ Montiel Argüello, Alejandro. **Manual de derecho internacional público y privado**, pág. 305.

3.4.2. Formalidades del matrimonio

Existe consenso en que las formalidades del matrimonio se rigen por la ley del lugar de su celebración, *lex loci executionis*, ya que se considera que el matrimonio es consumado en el lugar de su celebración.

Dentro de las formalidades involucramos todos aquellos actos, condiciones y requisitos que deben llevarse a cabo antes de la celebración material del matrimonio, como las capitulaciones matrimoniales, contrato matrimonial, pruebas materiales de soltería, certificados médicos, consentimiento de los padres para los menores de edad, los esponsales, impedimentos, publicaciones; formalidades al momento de la celebración del matrimonio como presencia de testigos, manifestación verbal, libre y consciente del consentimiento, razonamiento de los documentos de identificación, presencia de intérpretes, entre otros y por último las formalidades posteriores a la celebración del matrimonio, tales como avisos a los respectivos registros, a los consulados, extensión de constancias por parte del ministro civil o religiosos o del funcionario o autoridad que autoriza el matrimonio, algunos Consulados exigen se les envíe copia del acta de matrimonio, entre otros.

3.4.3. Efectos del matrimonio

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, norma la aplicación de la ley personal del marido en los efectos del matrimonio, cuando es contraria a la ley personal de la mujer, este tema constituye la razón de ser de esta tesis.

3.4.3.1. Efectos del matrimonio en cuanto a las personas

Son diversos: van desde la incapacitación de la mujer para contratar y comparecer en juicio sin autorización de su marido, establecida por muchas legislaciones y derivada del Derecho Romano, hasta los deberes de fidelidad, asistencia mutua y de vivir juntos.

Se puede decir que los efectos del matrimonio principalmente son:

- Creación de un vínculo matrimonial
- Igualdad de los derechos y deberes conyugales
- El consorcio de la vida conyugal: a)mutua ayuda; b) fidelidad; c)convivencia; d) sustentación y educación de la prole
- Filiación.

La mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos consideran el matrimonio, basado en la igualdad de derechos y deberes conyugales,

igualdad que la mayoría de legislaciones sólo la desarrollan en cuanto a los efectos personales, no en cuanto a los efectos patrimoniales, como se verá más adelante.

El Código de Derecho Internacional Privado, considera como efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges, según sus Artículos 43, 44, 45, 46, los siguientes:

- Protección y obediencia
- Obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia
- Comparecencia a juicio de la mujer
- Vivir juntos
- Fidelidad y socorro mutuo

Para resolver este conflicto existen diversas propuestas, verbigracia: En Francia se ha llegado a resolver por los tribunales que la mujer francesa casada con un extranjero esta bajo la potestad de éste, cuando las leyes del marido no reconozcan tal potestad; la ley del domicilio del marido, era propuesta por Savigny; por Mancini la ley de la nacionalidad del marido y Story la lex fori. En 1879, el Tratado de Lima estableció la ley del domicilio matrimonial, seguida también por los tratados de Montevideo de 1899 y 1940. El

Restatement rige los efectos personales por la ley del lugar de la celebración y la Convención de la Haya de 1905 por la ley nacional de los cónyuges.

El Código de Derecho Internacional Privado, manifiesta que se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, y si fuere discordante, la ley personal del marido, en cuanto a los efectos personales; precisamente el Artículo 43, es el objeto de este trabajo. Manifiesta Alejandro Montiel Argüello, que el Artículo 43, es preponderante, injustificado y anticuado, ya que hubiese sido mejor adoptar un punto subsidiario de conexión, sin embargo no propone ninguno; es además su opinión la única que existe en relación con la norma en estudio.

3.4.3.2. Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes

El matrimonio afecta principalmente:

- La administración y disposición del patrimonio propio de cada cónyuge; y
- La administración y disposición del patrimonio conyugal.

El Código de Derecho Internacional Privado, coincide con lo anteriormente señalado, según sus Artículos 43 y 44.

Las consecuencias que el matrimonio conlleva en el patrimonio de los cónyuges, ocasiona diversos conflictos, son diversos los sistemas legales y diversas son las soluciones que se dan.

Los principales sistemas van desde la separación de bienes que equivale a que el matrimonio no tenga ningún efecto sobre los bienes (Inglaterra, Italia, la mayoría de Estados Unidos, Nicaragua), hasta el sistema de protección marital en que los bienes de la mujer pasaban al marido (derecho romano primitivo y derecho inglés antes de 1882), pasando por el sistema de administración marital en que la mujer conserva sus bienes pero el marido los administra y usufructúa (Alemania, Suiza, Japón, etc.) y las distintas formas de comunidad, como la de todos los bienes (Holanda, Portugal, Brasil, Sudáfrica, entre otros), la de adquisiciones o gananciales (Guatemala a falta de capitulaciones, España, Nicaragua antes de 1904, la mayoría de los países latinoamericanos, varios Estados de los Estados Unidos como California, Texas, etc.), y la de muebles y adquisiciones (Francia, Bélgica, Haití, República Dominicana, Quebec, etc.)

Las soluciones que se le dan ha este conflicto, se sintetizan así: en el continente europeo, la ley de la nacionalidad, excepto Alemania, Francia y

Suiza; los países anglosajones y la mayoría de los latinoamericanos la ley del domicilio, habiendo en todo caso numerosas variantes a favor de la autonomía de la voluntad, del primer domicilio conyugal y de la territorialidad para el caso de inmuebles. Difieren los sistemas también acerca de si el régimen legal es imperativo o supletorio de la voluntad de las partes y en el segundo caso, sobre si esa voluntad, manifestada antes del matrimonio, puede ser modificada.

El Código de Derecho Internacional Privado regula los efectos patrimoniales del matrimonio, en cuanto a la administración y disposición de los bienes comunes, por la ley personal común de los contrayentes y en su defecto por la ley personal del marido si difieren. La ley personal de la mujer rige la disposición y administración de su patrimonio propio.

Los efectos que causa el matrimonio entre extranjeros, en cuanto a los bienes como se ha establecido dependen del régimen económico matrimonial que adopten los cónyuges o en su defecto, el que establezca la ley. Los regímenes económicos matrimoniales, voluntarios o legal, serán los que establezca el Estado del cual son nacionales los cónyuges o el que disponga el Estado

en el cual tengan su domicilio, sin embargo si difiere la ley personal de los cónyuges, según el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, el régimen económico matrimonial será el que establezca la ley personal del marido. La mayoría de contrayentes, no establecen un régimen económico y por ello se aplica el régimen legal. Puede pensarse que el régimen económico legal, no es aplicable cuando se contrae matrimonio entre extranjeros, porque algunos países como Guatemala, establecen como obligación previa a la celebración del matrimonio entre un extranjero o extranjera, con un guatemalteco o guatemalteca, la celebración de capitulaciones matrimoniales, siendo parte de éstas el establecimiento de un régimen económico. Sin embargo sólo se establece como obligación previa para matrimonios entre extranjeros con guatemaltecos, no es obligatorio cuando ambos contrayentes son extranjeros, nuevamente se cae en el problema: ¿Qué regímenes económicos matrimoniales son los que pueden adoptar los cónyuges y si no adoptan régimen, cuál es el legal? La respuesta ha esta interrogante la proporciona el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, si la ley personal es común, el régimen que disponga el Estado al cual pertenecen; pero si no es común será el

régimen económico matrimonial que establezca la ley personal del marido.

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, olvida que entre cónyuges debe imperar la igualdad, y no debe imponerse un régimen económico matrimonial, con violación de los derechos humanos de libertad e igualdad de la mujer.

3.4.3.2.1. Regímenes económicos matrimoniales

Para poder entender el punto anterior es necesario, tratar y citar los regímenes económicos matrimoniales, voluntarios o el régimen legal, vigente en algunos países del continente americano (México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Brasil, Perú, Colombia Chile y Ecuador), ya que el Código de Derecho Internacional Privado rige en el mismo; y este trabajo enfoca el ámbito internacional y no un ordenamiento jurídico particular, por la naturaleza intrínseca del Código de Derecho Internacional Privado.

En Latinoamérica existen hoy en día tres regímenes de propiedad referentes al matrimonio, con algunas variaciones menores: el régimen de comunidad absoluta, el régimen de participación en los gananciales y el régimen de separación de bienes.

El régimen de comunidad absoluta se fundamenta en la unión de todos los bienes obtenidos o adquiridos antes o durante el matrimonio. Todas las utilidades o rentas que generen dichos bienes, así como los honorarios, los salarios u otros ingresos devengados por cualquiera de los cónyuges, también se agrupan. En el caso de separación o divorcio, todos los bienes y la totalidad de los ingresos se dividen por partes iguales entre los cónyuges; si uno de éstos fallece, su patrimonio consiste en la mitad de los bienes comunes, y la otra mitad le queda al cónyuge sobreviviente.

El régimen de participación en los gananciales o comunidad de gananciales se basa en el

reconocimiento por separado de la propiedad privada individual adquirida antes o durante el matrimonio, incluida cualquier herencia, donación o concesión recibida por cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, las utilidades, las rentas y otros ingresos derivados de dichos bienes durante la vigencia del matrimonio son considerados de propiedad común. Además, cualquier bien adquirido en ese lapso por honorarios, salarios y otros ingresos también forma parte de la propiedad común. En caso de separación o divorcio, a cada uno de los cónyuges le corresponde la mitad de los bienes comunes así generados; de modo similar, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, su patrimonio consiste en la mitad de los bienes comunes. Sea cual fuere la causa de disolución de este régimen, los bienes individuales adquiridos antes o durante el matrimonio o por herencia siguen perteneciendo al cónyuge que fuera el propietario original.

Según el régimen de separación de bienes, cada individuo es propietario y administrador de los bienes que adquirió antes del matrimonio, de los obtenidos durante el matrimonio mediante herencia, donación o concesiones, junto a las utilidades que generen, y de cualquier bien adquirido durante la vigencia del matrimonio con sus propios ingresos, rentas, etc. En caso de que se disuelva la unión, cada cónyuge conserva su propiedad individual, así como las ganancias o las utilidades que ésta ha generado.

Actualmente casi todos los países latinoamericanos estudiados ofrecen al menos dos regímenes maritales entre los cuales las parejas pueden escoger; seis de los doce países (incluyendo Brasil) ofrecen formalmente los tres. Si no se escoge un régimen particular en el momento de contraer matrimonio rige el régimen legal: en ocho países (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú) es el régimen de participación en ganancias; en uno (El Salvador) es

la comunidad absoluta, y en tres (Costa Rica, Honduras, Nicaragua) es la separación de bienes. Como en la práctica, la gran mayoría de mujeres tiene poco conocimiento de las normas legales, especialmente en zonas rurales, lo más común en América Latina es que se casen por el régimen legal.

“Es difícil determinar el régimen matrimonial, más favorable para la mujer en términos generales porque el grado del sesgo de género en el régimen matrimonial está influido por dos factores cruciales: la cantidad o el valor relativo de los bienes que el hombre y la mujer aportan al matrimonio, y la probabilidad de que uno o otra devenguen niveles muy diferentes de ingresos durante la unión. Si presumimos que i) debido a las prácticas de herencia discriminatorias es más probable que los hombres aporten a la unión un patrimonio más grande que la de las mujeres (o que lo hereden durante la vigencia del matrimonio) y que ii) existe una alta probabilidad de que los

hombres tengan una mayor capacidad de generación de ingresos durante su vida (debido a la división del trabajo por género, las oportunidades de empleo, la discriminación salarial y al acceso al capital) es evidente que el régimen de comunidad absoluta es el más favorable para las mujeres. También podría argumentarse que el régimen de comunidad absoluta es el más equitativo en cuanto provee un reconocimiento económico de la división del trabajo por género en el cual las mujeres son básicamente responsables de las labores domésticas y la crianza de los hijos. Hasta cierto punto, el régimen de gananciales también sirve a éste propósito. Sin embargo, en caso de disolverse la unión, el régimen de comunidad absoluta es más favorable que este último, porque, dados nuestros supuestos, el primero entrañaría una transferencia de bienes económicos del esposo a la esposa por los servicios prestados. Según estos mismos supuestos, que son particularmente relevantes para el

caso de la mujer rural, el régimen matrimonial menos favorable para las mujeres sería el de separación de bienes.”¹⁸

Según los anteriores criterios, los países en donde la mujer casada se encuentra potencialmente en mayor desventaja son aquellos en donde rige la separación de bienes como el régimen legal: Costa Rica, Honduras y Nicaragua. Donde la mujer disfruta de condiciones más favorables sería en El Salvador, en donde la opción que rige para el matrimonio, a menos que se señale otra cosa, es el régimen de comunidad absoluta. Este régimen se considera una conquista del movimiento de mujeres que logró cambiar el régimen legal, de separación de bienes por el de comunidad absoluta, en el Código Civil de 1994.

Con lo establecido supra, se puede afirmar que la ley personal del marido, no siempre beneficiará a la

¹⁸ Revista Estudios Feminista. “**Derechos de propiedad, herencia de las esposas e igualdad de género: aspectos comparativos entre Brasil e Hispanoamérica**”, http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50104_026x2001000200007&script=sci_arttex+&tlng=es#b12#b12 (4 de diciembre de 2005).

mujer y al hombre; ya que la ley personal de una mujer salvadoreña, si no tuviera bienes, la beneficiaría más, que la ley personal del marido, si este fuese costarricense o nicaragüense, y le beneficiaría más a una mujer salvadoreña la ley personal del marido si este fuere costarricense o nicaragüense, que su ley personal. Lo anterior se deriva de lo siguiente: en El Salvador el régimen legal es el de comunidad absoluta y en Costa Rica y Nicaragua el de separación absoluta. Sin embargo este trabajo no busca un régimen económico que le beneficie solamente a la mujer, porque sería violatorio del derecho de igualdad que tenemos todos los seres humanos, lo que se busca es el establecimiento de un punto de conexión que resuelva el conflicto de los efectos patrimoniales del matrimonio, en caso de diferir las leyes personales de ambos cónyuges, en donde se respete el derecho humano de igualdad que tiene la mujer con respecto al hombre.

En la actualidad la mayoría de Estados han reconocido dentro de sus ordenamientos jurídicos, la igualdad entre cónyuges. Lo más sobresaliente de este reconocimiento es que la mujer puede ejercer un empleo sin la autorización del esposo como se contemplaba anteriormente, así mismo tiene derecho a administrar los valores económicos propios como los del hogar, anteriormente reservado únicamente al esposo, las decisiones dentro del matrimonio se toman conjuntamente. Ahora, es frecuente que la mujer colabore con el sostenimiento del hogar, lo que puede originar el pensamiento, de que en estos hogares los esposos contribuyen con la realización de labores domésticas, sin embargo, esto no suele ser así, son pocos los esposos que admiten que realizar labores domésticas no es peyorativo, reconociendo que si ambos mantienen el hogar es justo que ambos trabajen dentro del mismo, y aún otros conscientes colaboran dentro del hogar, aunque sus esposas no

contribuyan económicamente, porque saben el desgaste físico que esto implica, siendo mayor cuando hay hijos. En los matrimonios latinoamericanos la mujer que contribuye al sostenimiento del hogar sigue siendo, ama de cada completamente. La realidad del reconocimiento de la igualdad entre cónyuges en Latinoamérica se ilustra así, la mujer no sólo es trabajadora dependiente o independiente, sino también ama de cada, esposa y mujer, el hombre latinoamericano rara vez contribuye en el hogar realizando labores domésticas. Para la mujer la igualdad conyugal, implica no solo seguir realizando la labor que viene desempeñando desde el pasado, sino también la del hombre, dándole esto el derecho a tomar decisiones.

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, en nada contribuye a lograr la tal anhelada igualdad conyugal, sólo fomenta la continuación del régimen patriarcal, y con este la desigualdad entre esposo y esposa.

CAPÍTULO IV

4. Violación al derecho humano de libertad y al derecho humano de igualdad de la mujer, en el matrimonio entre extranjeros, en sus efectos cuando difiere su ley personal con la del marido

4.1. Análisis de la legislación y organismos internacionales que tutelan el derecho humano a la libertad y el derecho humano a la igualdad de la mujer

4.1.1. Legislación internacional

Como se estableció en el capítulo anterior no existe un estudio profundo sobre esta norma por los tratadistas, y por lo tanto no se ha realizado un análisis de esta naturaleza, es así como se incursiona en ello.

4.1.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

Es producto de la II Guerra Mundial, es una resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 Artículos, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos. Dicha declaración proclama los derechos personales, civiles, políticos,

económicos, sociales y culturales del hombre, los cuales sólo se ven limitados por el reconocimiento de los derechos y libertades de los demás, así como por los requisitos de moralidad, orden público y bienestar general.

Interesan en esta tesis, los derechos humanos de libertad e igualdad, que se encuentran dentro de esta declaración en los siguientes artículos:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Esta norma no hace diferencia entre hombres y mujeres, dice que todos los seres humanos somos libres e iguales... esto es aplicable a cualquier circunstancia o ámbito de la vida de los seres humanos. ¿Por qué el artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado prefiere la ley personal del marido en cuanto a los efectos del matrimonio, cuando las leyes personales de los cónyuges difieran, en lugar de proponer un punto de conexión, que respete la igualdad y libertad que le es inherente a todos los seres humanos, y no sólo a los hombres?. Quizá la respuesta a la interrogante anterior pueda ser, que la emisión del

Código de Derecho Internacional Privado precedió a esta declaración; respuesta que no se puede aceptar porque la Declaración de Derechos en Virginia, Estados Unidos de América y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consideraron a todas las personas como libres e iguales. Esta interrogante no tiene una respuesta que justifique el estado de la norma objeto de estudio, porque como se verá posteriormente la legislación internacional en materia de derechos humanos de la mujer, ordena revisar todo cuerpo jurídico nacional e internacional, con el objetivo de hacer factibles los derechos fundamentales de la mujer, y esto no se ha realizado con el Código de Derecho Internacional Privado.

“Artículo 2.

- a. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;
- b. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional

del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

En esta norma se recalca lo establecido en el Artículo 1, pero además establece que no importa el país al cual se pertenezca todos gozan de los derechos contenidos en dicha declaración, nacionales o extranjeros. En el matrimonio entre extranjeros, al establecer el Código de Derecho Internacional Privado en su Artículo 43, la preferencia de la ley personal del marido cuando difiera con la ley personal de la mujer, esta discriminando a la mujer por su nacionalidad, cuando se supone que, hombre y mujer, son iguales, y gozan de los mismo derechos y obligaciones.

“Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a seguridad de su persona.”

Según la norma anterior, toda persona humana goza de libertad, para determinar que hacer o no. La mujer al igual que el hombre, goza de libertad personal, de locomoción y de residencia, el artículo

43 del Código de Derecho Internacional privado, sin respetar esta norma ordena a la mujer obedecer, hacer y residir en el lugar que la ley personal del marido establezca.

“Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

En el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, según el Artículo 7 de la declaración citada, hay desigualdad formal, al preferir la ley personal del marido, cuando difiera con la ley personal de la mujer.

“Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

Esta norma se relaciona con el Artículo 3 de la declaración que se analiza, y establece particularmente que, hombre y mujer, tienen derecho a residir e ir, donde estos disponga; el

Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, no permite el goce de este derecho a la mujer, porque le impone residir e ir, donde establezca la ley personal del marido, si difiere con la suya.

“Artículo 16.

1. Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio;
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio;
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Esta norma establece la igualdad de los cónyuges, sin embargo el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, prefiere la ley personal del marido, cuando difiera con la ley personal de la mujer, dando lugar a la desigualdad entre los cónyuges.

“Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”

Según este Artículo es un derecho humano que en los cuerpos jurídicos nacionales e internacionales, se respeten los derechos humanos. El Código de Derecho Internacional Privado es una norma internacional y por ende en el se deben respetar los derechos humanos, para que no se violente el derecho humano a la emisión de normas que respeten los mismos

En los cánones legales transcritos, se establece que el hombre y la mujer, son seres humanos que tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones; que no puede hacerse ninguna distinción entre ellos, por razón de sexo, religión, edad, raza u otra razón similar; al hombre y a la mujer les asisten los derechos humanos de, igualdad y libertad, destacan las normas de esta declaración que todos somos iguales ante la ley y debemos tener igual protección de la misma, refiriéndose tanto a un sistema legal nacional como internacional.

Los principios que contiene la declaración, han sido aceptados por todos los países de habla hispana y miembros de la Organización de Estados Americanos, sin embargo como se ha establecido en el análisis de cada norma que contiene el derecho humano de igualdad y el derecho humano de libertad en esta declaración, el Código de Derecho Internacional Privado no respeta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 43, porque prefiere la ley personal del marido, cuando difiera con la ley personal de la mujer.

4.1.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

Convención internacional celebrada en 1969, con el propósito de afirmar en el continente americano, un régimen de libertad personal y de justicia social, basado en el respeto de los derechos esenciales del ser humano, contiene en los artículos siguientes, el derecho humano de libertad y el derecho humano de igualdad que tiene la mujer como individuo y dentro del matrimonio.

“Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado;
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello para las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención;
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes;
4. 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 a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos;
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Expresamente contiene éste artículo la igualdad entre los cónyuges, a su vez establece que los Estados partes de dicha convención deben realizar acciones en caminadas a lograr la igualdad entre

los cónyuges, y una de esas acciones es revisar la normativa nacional e internacional que violenta la igualdad conyugal.

“Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.”

Hombres y mujeres son iguales ante cualquier ordenamiento jurídico.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce la igualdad y libertad, como derechos inherentes al ser humano, así mismo promulga por la igualdad entre los cónyuges, y desecha la desigualdad entre los mismos, siendo el máximo cuerpo regional en materia de derechos humanos a nivel americano, debe respetarse en cualquier tratado, ley nacional e internacional que sea faccionado por los países en los cuales esta vigente esta Convención.

4.1.1.3. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Fue emitida en 1981 con el objetivo reafirmar los derechos humanos y principalmente el

principio de la no discriminación, que proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin ninguna distinción y por ello sin distinción de género. Recalca que la discriminación hacia la mujer viola los principios de igualdad y de dignidad humana.

Esta convención es la más importante que en materia de los derechos humanos de libertad e igualdad de la mujer ha sido emitida por la comunidad internacional, interesan en esta tesis lo contenido en los siguientes artículos, de dicha convención:

“Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional privado, al preferir la ley personal

del marido en cuanto a los efectos del matrimonio, discrimina a la mujer, por razón del género.

“Artículo 9.

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 convierten 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.”

Este Artículo expresamente manifiesta que en el matrimonio entre extranjeros no debe haber desigualdad, ambos son iguales en derechos y obligaciones; al preponderar la ley personal del marido en los efectos del matrimonio, cuando difiera con la ley personal de la mujer, el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado violenta esta norma.

“Artículo 11

1. ..;

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a) ...;
 - b) ...;
 - c) La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este Artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda."

El Código de Derecho Internacional Privado, no ha sido revisado desde su emisión, no cumple con esta norma, y por ende permite la violación al derecho humano de igualdad que tiene la mujer con respecto al varón, en el matrimonio, lo que se desprende de lo contenido en el Artículo 43.

"Artículo 15. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley; los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidad para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y

administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales; los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo; los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.”

En este Artículo se puede observar que la mujer goza del derecho humano a administrar y disponer de bienes de la misma forma que el hombre y que los tribunales están obligados a respetar este derecho; así mismo manifiesta que todo documento privado que violente este derecho es nulo. Se desprende de esta norma que la mujer tiene derecho a la libertad de locomoción y de residencia. Sin embargo el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, obliga a la mujer a sujetarse a los regímenes económicos que establezca la ley personal del marido, si es diversa con su ley personal a sí mismo la obliga a residir en donde el estatuto personal del esposo establezca.

“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:
 - 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 a 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.
1. No tendrán ningún efecto jurídico los responsables y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.”

Este Artículo trata exclusivamente lo relativo al matrimonio y a la familia, dice que ambos cónyuges tienen iguales derechos y obligaciones.

La Convención objeto de análisis clarifica intensamente que el hombre y la mujer, son iguales ante la ley, ante la sociedad, y por ende cualquier tergiversación al principio de igualdad se considera de carácter discriminatorio, se le reconoce a la mujer los mismos derechos que al marido dentro del matrimonio, la misma capacidad jurídica, libertad para decir su residencia y domicilio, así como para administrar bienes, considerando este cuerpo legal que disposiciones privadas contrarias son nulas, y no deben aplicarse porque son violadoras de la misma; ordena a su vez la revisión de todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales de los Estados que han aceptado, ratificado o aprobado dicha convención. La mayor parte de Estados americanos son parte de esta convención, sin embargo no han hecho la revisión correspondiente del Código de Derecho Internacional Privado, que en su Artículo 43, prefiere la ley personal del marido, cuando difiera con la ley personal de la mujer.

4.1.1.4. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Proclamada en 1967, busca la igualdad entre hombres y mujeres, lo que se interpreta de los

siguientes artículos, que a su vez son relevantes para esta tesis:

“Artículo 1. La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana.”

En esta norma se hace un juicio de valor, al considerar que la desigualdad de la mujer con relación al varón es injusta.

“Artículo 2. Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas a fin de abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer en particular:

- a) El principio de la igualdad de derechos figurará en las constituciones o será garantizado de otro modo por ley; y
- b) Los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de los organismos relativos a la eliminación de la discriminación en contra de la mujer se aceptarán mediante ratificación o adhesión y se aplicarán plenamente tan pronto como sea posible.”

Esta norma ordena revisar y crear ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales en base al derecho humano de igualdad que tiene la mujer.

“Artículo 5. La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre en materia de adquisición, cambio, o conservación de una nacionalidad. El matrimonio con un extranjero no debe afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer, ya sea convirtiéndola en apátrida o imponiéndole la nacionalidad de su marido.”

Esta norma asevera que en el matrimonio, los cónyuges tienen iguales facultades y obligaciones.

“Artículo 6.

1. Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en particular:
 - a) El derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos,

- incluyendo los adquiridos durante el matrimonio;
- b) La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio;
 - c) Los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de las personas;
2. Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa y en particular:
- a) La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento;
 - b) La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial;
 - c) El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial; y
3. Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de las jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer

matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.”

Reafirma la igualdad de la mujer en la familia y el derecho que tiene a disponer y administrar sus bienes, así como los bienes conyugales.

“Artículo 11

1. El principio de la igualdad de derechos del hombre y la mujer exige que todos los Estados lo apliquen en conformidad con los principio de la Carta de la Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y
2. En consecuencia, se encarece a los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y los individuos que hagan cuanto esté de su parte para promover la aplicación de los principios contenidos en esta Declaración.”

Insta y se convierte en obligación en los países partes de esta declaración la observación del derecho humano de igualdad que tiene la mujer.

Esta Declaración, al igual que la convención relativa a la materia, tratada supra, manifiesta la igualdad entre hombres y mujeres, haciendo un juicio valorativo al manifestar que su violación implica injusticia, ya que origina discriminación, destaca de

esta declaración la igualdad que predomina entre la mujer casada o no, con el hombre, reconoce iguales derechos y obligaciones para ambos dentro del matrimonio, ordena que todos los Estados partes legislen interna, como internacionalmente, para respetar y cumplir esta declaración, que tiene como estandarte principal, **si no hay igualdad entre hombres y mujeres, hay ilegalidad e injusticia.**

4.1.1.5. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

“Artículo 1. A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer ” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, ha obligar a la mujer a obedecer, hacer, residir e ir, a donde establezca la ley personal del marido cuando difiere con su ley personal, coarta su libertad, y de conformidad con este artículo hay violencia hacia la mujer.

“Artículo 3. La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. Entre estos derechos figuran:
El derecho a la igualdad;
El derecho a la libertad y la seguridad de la persona;
El derecho a igual protección ante la ley;
El derecho a verse libre de todas las formas de discriminación...”

Según esta norma los Estados deben proteger los derechos humanos de igualdad y de libertad de la mujer.

Hay violencia cuando se priva a la mujer de forma arbitraria de su libertad, se reconocen los derechos humanos a la igualdad y a la libertad de la mujer; hay violencia cuando se restringen entonces estos derechos, según esta declaración, es el Estado entonces quien comete violencia hacia la mujer, cuando aprueba, ratifica o se adhiere a normas internacionales que vulneran el derecho a la libertad e igualdad de la mujer, pasando a

formar estas normas al igual que muchas otras, el mundo de la utopía legal, porque no se aplica.

4.1.1.6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la la Mujer o Convención de Belém Do Pará

La Convención celebrada en 1994, en la ciudad brasileña de Belém Do Pára, y por ende conocida con este nombre, busca eliminar la violencia hacia la mujer, porque constituye una violación de sus derechos fundamentales, según sus considerandos, “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres” y “la erradicación de la violencia es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de su vida”.

“Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

a) ...;

b) ...;

- c) El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d) ...;
- e) ...;
- f) El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g) ...”

Este Artículo destaca el derecho humano a la igualdad y el derecho humano a la igualdad que tiene la mujer.

“Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; y
- b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”

Se dice por este Artículo que hay violencia hacia la mujer cuando se le discrimina. El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, al preferir la ley personal del marido, cuando difiere con el estatuto personal de la mujer, discrimina y por ende hay violencia hacia la mujer.

“Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a) ...; y
- b) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

Por medio de esta norma los Estados se obligan a abolir normas que coadyuven a la realización de la violencia contra la mujer, sin embargo el Código de Derecho Internacional Privado, no ha sido revisado.

El continente americano a través de esta Convención afirma el objetivo mundial de erradicar la violencia hacia la mujer, sobresale el mandato de eliminar la legislación que permite esta violencia, destacando que si no se cumple el Estado coadyuva a la violencia hacia la mujer; violan entonces los Estados esta convención, cuando siguen vigentes normas como la contenida en el

Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.

4.1.2. Organismos internacionales

Existen a nivel internacional pocas organizaciones que se dedican exclusivamente a velar por la protección de los derechos humanos de la mujer, con relevancia del derecho humano de libertad e igualdad de la mujer.

4.1.2.1. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Este organismo internacional es creado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, busca hacer factible y velar por el cumplimiento de esta convención, forma parte de la Organización de Naciones Unidas.

Según el Artículo 17 de la citada convención, los nueve miembros del Comité son elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales; son elegidos por un periodo de cuatro años.

El fin de este organismo es revisar informes que cada Estado parte presenta anualmente sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la convención que crea este comité. Posteriormente a ello da informes a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades proporcionando sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes.

Se reúnen anualmente por un periodo de dos semanas.

4.1.2.2. Comisión Interamericana de Mujeres

Esta Comisión esta adscrita a la Organización de Estados Americanos, vela por el cumplimiento de los derechos humanos de la mujer buscando su protección.

Es un mecanismo interamericano de protección principalmente para que la mujer tenga una vida libre de violencia, ya que ha esta Comisión los Estados partes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, presentan todos los informes sobre

las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Sin embargo es importante resaltar que no existe un organismo internacional, independiente, autónomo, conformado por personas especialistas en la materia de derechos humanos que se dediquen exclusivamente a la defensa de los mismos; ya que sólo existen organismos internacionales que aglutinan y tratan asunto generales de los Estados, pero es necesario e imprescindible un organismo internacional que tenga como objetivo principal defender los derechos humanos, y exigir su cumplimiento, pues todos los conflictos o asuntos estatales vulneran o tratan de alguna forma los derechos humanos, pero lamentablemente estos son dejados en segundo plano, ya que las entidades creadas se limitan a revisar informes, más sus opiniones no son vinculativas para los Estados.

4.2. Análisis del Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado

El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, dice:

“Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el del marido, en lo que toque a los deberes respectivos de protección y obediencia, a la obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, a la disposición y administración de los bienes comunes y a los demás efectos especiales del matrimonio.”

Interesa en esta tesis únicamente, el choque de la leyes personales de los cónyuges, que se produce cuando son diversas.

El derecho personal, es la ley o estatuto personal al cual se sujeta la capacidad y estado civil de las personas; como se estableció al tratar este tema, la ley personal en Europa continental depende de la nacionalidad de los cónyuges y en Alemania, Suiza, países anglosajones y la mayor parte de latinoamericanos, depende del domicilio.

La norma jurídica objeto de estudio dice que la ley personal del cónyuge varón, se aplicará cuando difiera con la ley personal de la mujer, en cuanto a los siguientes efectos del matrimonio:

Efectos en cuanto a las personas:

- Deber de protección y obediencia;
- Obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia; y
- Demás efectos especiales del matrimonio

Efectos en cuanto a los bienes:

- Disposición y administración de bienes comunes;

Al manifestar deber de protección y obediencia, implica la supeditación de uno con respecto al otro; ya que el corolario del deber, es el derecho, uno tiene derecho a ser protegido y el otro deber de proteger; entendiendo protección como cuidado por indefensión de quien ostenta el derecho y supremacía de quien tiene el deber; derecho a mandar, a dirigir y el otro deber de obedecer órdenes e imposiciones de quien manda. La interrogante que surge es: ¿quién es el cónyuge que debe proteger y mandar y quién es el cónyuge protegido y que debe obedecer?, según la norma objeto de estudio, la respuesta es la mujer debe ser la protegida y el hombre el protector, el hombre debe mandar y la mujer debe obedecer, inferencia que surge al manifestar la norma que se aplicará, la ley personal del hombre y no de la mujer, si estas fueren contrarias, dándole preponderancia al varón y restándosela a la mujer, a pesar de la diversidad de tratados y convenios en materia de los derechos humanos de libertad e igualdad, entre hombres y mujeres, que los distintos Estados, han ratificado y aceptado como parte de su régimen jurídico.

El siguiente supuesto que plantea la regla jurídica es obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, la interrogante que surge es: ¿en dónde queda el derecho que tiene el ser humano, hombre o mujer a decidir con libertad, en qué lugar

residir? definitivamente este artículo vulnera la libertad de residencia, obliga a residir en el lugar que establezca la ley personal del marido, olvidando que la mujer tiene la facultad de elegir residencia.

La disposición y administración de los bienes comunes, se regirá por el régimen económico matrimonial, que se establezca en la ley personal común, y si fuera diversa regirá el del marido, qué sucede cuando un régimen matrimonial beneficia a uno de los cónyuges y al otro no, qué pasa con el derecho humano de igualdad entre los cónyuges: esta es una de las grandes dificultades que se han manifestando en el ámbito Europeo y Americano, ya que el régimen patrimonial o económico, difieren en la mayoría de Estados, como se estableció en el capítulo III de este trabajo al tratar el tema de los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Los efectos especiales del matrimonio, son distintos en cada legislación, sin embargo se encuentran en todas como efectos propios o especiales del matrimonio, la mutua entrega, fidelidad, aceptación, contribución a la economía familiar y educación a los hijos, principalmente.

El derecho humano de libertad e igualdad se reconoce desde la Revolución Francesa, habiendo sido plasmado en diversos tratados, convenios y cuerpos normativos nacionales e internacionales, como: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración sobre la... Sin embargo el derecho humano de libertad e igualdad, que es

reconocido para todos los seres humanos es violado por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, siendo este un cuerpo normativo de carácter internacional es inaudito y poco creíble que exista tal violación, y que aún siga vigente, ya que no se ha hecho la revisión de la misma como ordenan las declaraciones y convenios internacionales que se trataron con anterioridad (la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer); pues este cuerpo normativo jurídico internacional solo establece nulidad de contratos o pactos privados que discriminen a la mujer; no establece la nulidad de normas jurídicas nacionales, ni internacionales, y por ello establece que es necesaria su revisión, y mientras tal nuevo estudio no se realice siguen vigentes estas normas.

4.2.1. Violación del derecho humano de libertad de la mujer por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado

Esta norma jurídica vulnera explícitamente las vertientes siguientes del derecho humano de libertad que ostenta la mujer, por ser una persona humana:

- Libertad civil, porque la mujer no autodermina en su persona; no puede administrar, ni disponer de bienes comunes, cuando son bienes que pertenecen a los dos cónyuges y de tal forma deben decidir como los administrarán y dispondrán del patrimonio conyugal;

- Libertad de locomoción, porque se obliga a la mujer a seguir al esposo, a cualquier lugar aunque no este de acuerdo; y
- Libertad de residencia, porque la mujer debe residir en donde establezca la ley personal del marido.

4.2.2. Violación del derecho humano de igualdad de la mujer por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado

La regla jurídica en estudio viola el derecho humano de igualdad de la mujer, principalmente las siguientes clases o modalidades:

- Igualdad personal, se trata a la mujer peyorativamente, al preponderar la ley personal del cónyuge masculino, cuando se supone que hombre y mujer son iguales, una solución de carácter discriminatorio, hacia la mujer; y
- Igualdad entre los cónyuges, dentro del matrimonio ambos cónyuges, tienen iguales derechos y deberes; se prefiere la ley personal del esposo, cuando según la normativa internacional debe haber igualdad en esposo y esposa.

El Código de Derecho Internacional Privado, no reconoce, como en este trabajo, a la igualdad entre los cónyuges, como efecto del matrimonio y a su vez como derecho humano. Consideración que se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención

Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otras como se puede observar en el análisis que de estos cuerpos legales se realizó.

La igualdad entre los cónyuges, es un derecho humano y a su vez es considerada actualmente por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos como un efecto del matrimonio. Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. La mayoría de ordenamientos jurídicos, norman, así los efectos personales del matrimonio: los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

La mayoría de ordenamientos jurídicos al establecer los efectos del matrimonio, toman como base la igualdad entre los cónyuges, cualquier disposición contraria es violatoria de este derecho humano y a su vez efecto del matrimonio.

La igualdad varía la concepción de los efectos matrimoniales en cuanto a las personas, y también en cuanto al patrimonio, es así, como sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre cónyuges se dé una especialización de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno sólo de ellos, los cónyuges deben prestar su concurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial. Sin embargo en comparación con otros temas, como los derechos reproductivos, ayuda mutua en el hogar o la eliminación de la violencia doméstica contra la mujer, los derechos humanos de igualdad y de libertad de la mujer con respecto al patrimonio conyugal y a la propiedad, poco se ha tratado. "Esto se debe en parte a que el trabajo teórico de las feministas en América Latina y a nivel internacional se ha centrado en lo que Nancy Fraser denomina temas de reconocimiento, en vez de redistribución. La atención se ha concentrado en primer lugar en la identidad de las mujeres

como género y en la lucha por el reconocimiento de las diferencias entre hombres y mujeres, junto con el entendimiento de que la categoría "mujeres" está marcada por diferencias de clase, raza, etnia, nacionalidad, preferencias sexuales, etc. El surgimiento de políticas de identidad más acentuadas en la era postsocialista/neoliberal, tanto en el norte como en el sur, ha cambiado, en términos de Fraser, el "imaginario político de la justicia", alejándose de los temas de clase, economía política y redistribución y acercándolo al dominio cultural."¹⁹ Esto es apreciable en los distintos regímenes económicos que existen en Latinoamérica.

4.3. La validez del Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, en la legislación guatemalteca

No está demás hacer un análisis de la norma objeto de estudio dentro de nuestra legislación.

La institución jurídica social del matrimonio es considerada dentro del ordenamiento guatemalteco, como un derecho humano social, constituyente de la base legal del matrimonio, como esta regulado en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, a su vez en esta norma legal se manifiesta que se promueve la organización primaria, la familia, sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la

¹⁹ Revista Estudios Feminista. "**Derechos de propiedad, herencia de las esposas e igualdad de género: aspectos comparativos entre Brasil e Hispanoamérica**", http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50104_026x2001000200007&script=sci_arttex+&tlng=es#b12#b12 (4 de

paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, manifiesta que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, y según la Corte de Constitucionalidad, órgano que tiene como función principal la protección, interpretación y resolución de todos los asuntos de carácter constitucional, ha interpretado que la Constitución Política de la República de Guatemala, es superior en caso de entrar en contradicción con algún tratado o convenio en materia de derechos humanos de carácter internacional.

En virtud de la interpretación que hace el máximo órgano constitucional, en Guatemala, se considera al matrimonio, como un derecho humano social, el Código de Derecho Internacional Privado, regula el matrimonio, derecho humano según nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de ello, este cuerpo internacional se eleva a la categoría de convenio internacional en materia de derechos humanos, y por ende entra en contradicción con la misma, y de conformidad con la exégesis que realiza la Corte de Constitucionalidad, del Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, no puede aplicarse en matrimonios que se lleven a cabo en Guatemala entre extranjeros, ya que de realizarse bajo las estipulaciones del Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, se deberá

recurrir al proceso de amparo o a la acción, excepción o incidente de inconstitucionalidad en caso concreto, porque viola la normativa guatemalteca de la igualdad que debe imperar entre los cónyuges, es entonces a su vez inconstitucional en el ámbito guatemalteco el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo no todos los países guardan uniformidad con respecto al criterio que se sustenta en Guatemala con respecto a los cuerpos de carácter internacional, ya que muchas legislaciones consideran a las normas internacionales no importando si son o no derechos humanos, superiores a su legislación interna, así es que si una mujer guatemalteca se casara con un extranjero en otro país, distinto a Guatemala, su matrimonio se someterá al Código de Derecho Internacional Privado, ya que según Guatemala el estatuto persona se rige por el lugar donde se tenga el domicilio y no por la nacionalidad.

4.4. Propuesta de reforma al Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado

Es necesario reformar este canon legal, y revisar nuevamente el Código de Derecho Internacional Privado, para que este se ajuste a la realidad imperante jurídicamente, porque viola la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención América sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

La mayor violación que puede darse por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, es en relación a los efectos en cuanto al patrimonio conyugal, debido a los diversos regímenes económicos matrimoniales que imperan en cada Estado de América. Por ello es necesario reformar, el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, la solución que se propone, y que no vulnera ni derechos del hombre, menos de la mujer, y conlleva una posición igualitaria, sin enaltecer ni al varón, ni a la mujer, es la siguiente:

Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el que pactaren, a falta de pacto, se aplicara el régimen jurídico del domicilio conyugal, en lo que toque a los deberes y derechos relativos al matrimonio, a la fijación de residencia y a la disposición y administración de los bienes comunes.

Se entenderá que aún no habiendo pactado antes o en la celebración del matrimonio a que ley personal se someterán, pueden pactarlo posteriormente.

Si la ley personal de los cónyuges es común no presenta conflicto. La controversia surge cuando son diversos los Estados al cual pertenecen, así es que si ellos convienen antes o después a que ley personal se someterán en cuanto a los efectos del matrimonio, se les deja a ambos en libertad de proteger sus respectivos intereses y derechos, por supuesto siempre se deberán respetar los derechos inalienables; sino pactaren antes o

preteritamente, o no llegasen a un acuerdo, propongo la solución de aplicar el derecho del domicilio conyugal, ya que si fijaron un domicilio conyugal, en este necesariamente tuvieron que manifestar su sentir, pues muy difícilmente puede haber controversia antes de la celebración de un matrimonio entre los cónyuges, y por lo tanto en el se manifiesta y se respetan los derechos de libertad e igualdad de ambos. En ninguna de las soluciones se prepondera ni al marido, ni a la mujer, pues ambos son seres humanos, ni uno ni el otro es superior.

Es necesario revisar y reformar el Código de Derecho Internacional Privado, ya que contiene una diversidad de normas violatorias de los derechos humanos de la mujer, principalmente de los derechos humanos de libertad e igualdad, que no sólo se observa en el Artículo 43 de este cuerpo normativo, sino también en su Artículo 49, que dice así: “Se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, si fuere común; en su defecto la del cónyuge que haya obrado de buena fe, y a falta de ambas la del varón, a las reglas sobre el cuidado de los hijos del matrimonio nulo, en los casos en que no puedan o no quiera estipular nada sobre esto los padres.”

Tal reforma es necesaria, y al respecto de ello, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, en la cual se reafirmó que el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales por la mujer y la niña constituía una prioridad para

los gobiernos y las Naciones Unidas y era esencial para el adelanto de la mujer. Se destacó que los gobiernos no sólo debían abstenerse de violar los derechos humanos de todas las mujeres, sino también trabajar activamente para promover y proteger esos derechos. La Plataforma de Acción, aprobada por la Conferencia de Beijing, identificó la falta de respeto de los derechos humanos de la mujer como una de las 12 esferas de principal preocupación que requerían la adopción de medidas por parte de los gobiernos y la comunidad internacional. En la Plataforma se hizo un llamamiento en favor de la aplicación íntegra de todos los instrumentos de derechos humanos, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. También se destacó la importancia de garantizar la igualdad y la no discriminación, con arreglo al derecho y en la práctica, y la capacitación jurídica básica.

CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos de libertad e igualdad, son estandartes que han guiado grandes revoluciones. Los Estados han reconocido la igualdad de género, derivando de esto, la igualdad conyugal. El Código de Derecho Internacional Privado viola en su Artículo 43 los derechos humanos de libertad e igualdad que tiene la mujer con respecto al hombre, ya que prefiere la ley personal del marido en cuanto a los efectos del matrimonio, cuando difiere con la ley personal de la mujer; pese a existir documentos en materia de derechos humanos, que reconocen la igualdad de género y la igualdad conyugal, tratados y convenios internacionales, que han sido aceptados, aprobados y ratificados por la mayor parte de Estados americanos, en los cuales esta vigente el Código de Derecho Internacional Privado.
2. Es una aberración jurídica, la existencia de la norma objeto de estudio porque existen convenios y tratados supranacionales que ordenan a los Estados revisar sus ordenamientos jurídicos, para evitar que se infrinjan los derechos humanos de libertad e igualdad de la mujer.
3. El Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, es contrario a la Constitución Política de la República de Guatemala, vulnera los derechos humanos individuales de libertad e igualdad que tienen las guatemaltecas, facultades que les asisten a las mujeres según los Artículos 4, 5, 26 y 47 de la Carta Magna Guatemalteca, por ende dentro del Estado de Guatemala, esta norma es nula de pleno derecho.

4. Los derechos humanos de libertad e igualdad son vulnerados por el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, por preferirse la ley personal del marido a la de la mujer, en cuanto a los efectos del matrimonio; porque la legislación internacional basa el matrimonio en la igualdad de deberes y derechos entre los cónyuges.

5. En el patrimonio conyugal, es en donde se observa mayormente la violación de los derechos humanos de libertad e igualdad que la mujer tiene con respecto al varón, por la existencia de diversos regímenes económicos matrimoniales en América.

6. Es necesario reformar el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, para que este acorde a la legislación que sobre derechos humanos de la mujer ha adoptado la comunidad internacional.

RECOMENDACIONES

1. Que la Organización de Estados Americanos, como organismo supremo en el continente americano convoque a una conferencia internacional para que se revise y reforme el Artículo 43 del Código de Derecho Internacional Privado, otorgándole a la mujer dentro del matrimonio los derechos humanos de libertad e igualdad.
2. Que al reformarse el Artículo 43 del Código de Derechos Internacional Privado, el mismo quede así: Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso, el que pactaren, a falta de pacto, se aplicará el régimen jurídico del domicilio conyugal, en lo que toque a los deberes y derechos relativos al matrimonio, a la fijación de residencia y a la disposición y administración de los bienes comunes. Se entenderá que aún no habiendo pactado antes o en la celebración del matrimonio a que ley personal se someterán, pueden pactarlo posteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLSELLS TOJO, Edgar Alfredo. **Algo sobre derechos humanos.** Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1985. 94 págs.
- BIDART CAMPOS, German. **Teoría general de los derechos humanos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991. 444 págs.
- BUCAILLE, Maurice. **La biblia, el corán y la ciencia, importante análisis comparativo de algunos temas del corán y de la biblia.** Coruña, España: Ed. Arias Montero, 1991. 106 págs.
- BOFFIANO, A. **Curso de derecho internacional privado.** Buenos Aires, Argentina.: (s.e.). 1993. 113 págs.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González. **Introducción al derecho internacional privado.** España: Ed. Comares, 1997. 115 págs.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Derecho internacional y derechos humanos.** (s.l.i.): (s.e.), 1996. 322 págs.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Derecho internacional privado.** 3ª.ed. Madrid, España: Ed. Techos, 1985. 334 págs.
- DEFENSORÍA DE LA MUJER INDIGENA. **Análisis de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.** Guatemala, Guatemala: Ed. Fundación de emergencia internacional para los niños de las naciones unidas, (s.f.).
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **La Corte Interamericana de los Derechos Humanos.** San José, Costa Rica: (s.e.), 1985. 339 págs.

FERNANDEZ ROZAS, Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo. **Curso de derecho internacional privado.** España: Ed. Civitas, 1996. 193 págs.

GONZALEZ CAMPOS, Julio y Carlos Fernández Rozas. **Materiales de prácticas de derecho internacional privado.** Guatemala, Guatemala: Ed. Tecnos, 1983. 154 págs.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado.** Guatemala, Guatemala: Ed. Producción, 2004. 310 págs.

MARTINEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos.** Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 1990. 756 págs.

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro. **Derecho internacional público y privado.** Guatemala, Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1982. 403 págs.

MUÑOZ MEANY, Enrique. **Derecho internacional privado.** Guatemala, Guatemala: Ed. del Ministerio de Educación Pública, 1953. 250 págs.

PEREZ VERA, Elisa. **Derecho internacional privado.** 6ta.ed. Madrid, España: Ed. Impresos y revistas, 1997. 413 págs.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. **Derecho internacional privado.** México: (s.e.), 1991. 562 págs.

SAGASTUME, Marco Antonio. **Curso básico de derechos humanos.** Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1987. 327 págs.

VALENCIA VILLA, Hernando. **Los derechos humanos.** 3ª.ed. Madrid, España: Ed. Acento, 2001. 95 págs.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Derecho Internacional Privado. Conferencia interamericana, Decreto número 1575, 1929.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, Decreto número 6-78, 1978.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Organización de Naciones Unidas, Decreto número 49-82, 1982.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Organización de las Naciones Unidas, 1967.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Organización de las Naciones Unidas, 1993.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Consultas Electrónicas:

DEERE, Carmen Diana y Magdalena León. Revista Estudios Feminista. **Derechos de propiedad, herencia de las esposas e igualdad de género: aspectos comparativos entre Brasil e Hispanoamérica**, 2001, http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50104_026x2001000200007&script=sci_arttex+&lng=es#b12#b12 (4 de diciembre de 2005).

MOREA, Lucas. **Matrimonio y concubinato y régimen de la patria potestad**, 1997, <http://www.monografias.com/trabajos&maco/maco.shtml#matri> (2 de diciembre de 2005).

Organización de las Naciones Unidas. **Igualdad entre géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI**, 1995,
<http://www.un.org/spanish/conference/beijing/fsg.htm> (4 de diciembre de 2005).

Organización de Estados Americanos. **La familia y el matrimonio**, 1998,
<http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/familia.html> (3 de diciembre de 2005).

