

Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Latin American identity: the right of the child
to his private and family life in the jurisprudence
of the Inter-American Court of Human Rights

Úrsula C. Basset

Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina
ubasset@austral.edu.ar

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517>

RESUMEN: El artículo aborda la aplicación del derecho a la vida privada y familiar a la niñez en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La autora sugiere discernir aquellos rasgos culturales distintivos del sistema interamericano en comparación con otros sistemas regionales de derechos humanos. Sostiene que la identidad latinoamericana en materia de derechos humanos es una gramática única que recontextualiza al individuo en un rico plexo de relaciones familiares, sociales, comunitarias y transgeneracionales; se trata, entonces, de una narrativa valiosa a la hora de abordar los derechos de la niñez, especialmente de la niñez en situación de vulnerabilidad o desamparo.

Recibido: 30/01/2018. Evaluado y observado: 20/03/18. Corregido y aceptado: 19/04/18

PALABRAS CLAVES: niñez, vida familiar, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos

ABSTRACT: The article addresses the application of the right to respect for private and family life to children within the case-law of the Inter-American Court of Human Rights. The author proposes discerning the Inter-American system's cultural features that distinguish it from other regional human rights systems. She argues that Latin American identity within the field of human rights is a unique grammar, which recontextualizes the individual in a rich plexus of family, social, community and transgenerational relations; and constitutes, thus, a valuable narrative in dealing with children's rights, especially in the case of vulnerable children.

KEY WORDS: children - family life - human rights - Inter-American Court of Human Rights

SUMARIO: 1. Propósito, metodología y estructura de este estudio. 2. Hipótesis de trabajo: una fisonomía singular del concepto de "vida familiar" en el sistema interamericano. 3. La gramática de la vida privada familiar en el sistema interamericano de derechos humanos: las fuentes convencionales y derivadas. 4. La vida privada familiar en la jurisprudencia y en instrumentos derivados. a) La vida privada familiar como obligación de tomar medidas negativas (no interferencia) y positivas (protección) de la vida privada y familiar. b) La niñez con familia y sin familia: las implicancias. c) La obligación positiva de promover el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos. d) La separación del entorno familiar como causal de vulnerabilización. e) Obligaciones positivas preventivas del Estado respecto de la separación de la familia. f) Separación de la familia y afectación al ejercicio de los demás derechos fundamentales. g) Separación de la familia y derecho a la vida. h) Separación de la familia y derecho a la integridad personal. i) Vida privada familiar entendida como fortalecimiento familiar. 5. Hacia un concepto de vida familiar: elementos que la conforman. 6. El concepto de identidad familiar, una parte de la vida privada. 7. La diversidad de familias como telón de fondo. 8. Derechos de la niñez y vida privada familiar en Latinoamérica. 9. Balance: Una mirada latinoamericana sobre la vida privada y familiar. Bibliografía.

1.

PROPÓSITO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE ESTE ESTUDIO

El estudio que sigue, procura explorar la aplicación del estándar de la vida privada y familiar a la niñez, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es un buen punto de partida recordar, desde el comienzo, cuál es el marco normativo que inspira la jurisprudencia de la Corte, que es netamente diferenciado de otros sistemas regionales de derechos humanos, notablemente, el europeo.

Nuestra aspiración es meramente descriptiva. A saber: recabar la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos articula en diferentes declinaciones y contextos la noción de privacidad familiar (vida privada familiar). Por ello, la metodología de trabajo será tópica e inductiva. Tópica, porque argumentaremos a partir de extractos de fallos que han sido un lugar común doctrinal que irán jalonando el texto, la construcción latinoamericana del concepto de vida privada, con sus notas propias. Inductivo, porque el lector no encontrará una definición de vida privada y familiar al principio del texto, sino que ese concepto irá perfilándose a través de la integración de sus diferentes facetas. Así, para quién quiera comenzar con una definición del concepto, puede iniciarse la lectura en la sección 5 y siguientes. A lo largo del proceso inductivo, el lector podrá advertir la interrelación de la vida familiar con un plexo de derechos que quedan condicionados por su existencia o carencia (vida, integridad personal, dignidad).

2.

HIPÓTESIS DE TRABAJO: UNA FISONOMÍA SINGULAR DEL CONCEPTO DE “VIDA FAMILIAR” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Nuestra hipótesis es que el sistema interamericano ofrece una fisonomía singular y de enorme riqueza, si se compara con otros sistemas regionales de derechos humanos.

El sistema interamericano de derechos humanos contiene una pluralidad de referencias a la familia y la niñez, que no tiene parangón alguno con el sistema europeo, revelando así posiblemente una matriz cultural latinoamericana muy distinta entre uno y otro continente¹. Mientras que el sistema europeo prevé en su art. 8.1. de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH) un derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, derecho que originariamente se formuló como deber de abstención de injerencia arbitraria por parte del Estado en la vida privada, que es el marco conceptual del artículo 8 CEDH, la Corte rápidamente evolucionó a una interpretación positiva del estándar, que fue progresivamente entendida como un deber de protección y promoción de las elecciones de vida familiar que permitieran establecer una familia². La evolución de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en torno a dicho estándar, fluyó entonces acompañando una diversificación de elecciones individuales de la que emergen diversos estándares de protección.³ El filtro obligado de la privacidad coloca a la familia en el marco de las elecciones individuales, y se transforma en un prisma que fragmenta la vida familiar en una diversidad de manifestaciones según la autonomía privada. Esa autonomía admite restringidas limitaciones: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el

¹ Se refiere al “particularismo” de la Corte Interamericana Ludovic Hennebel, en su obra *La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: entre particularisme et universalisme* (Pedone, Paris, 2009). Ver al respecto también la tesis de Marie Rota, *L’interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l’homme* (2013), que concluye un diálogo de fuentes, que termina, empero, en un cierto sincretismo. Otro estudio que se enfoca sobre el diálogo entre Cortes, es la tesis de Jeanne Robert, *Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, para optar a la maestría en derecho de la Universidad de Montréal en 2014. Se advierte que en todos los casos se trata de líneas de investigación que comienzan a prosperar. La diferencia identitaria, demográfica y sociocultural de ambos continentes aparece sistemáticamente problematizada.

² Bien que, según surge de los debates previos a la aprobación de la CEDH, la apertura a la interpretación positiva de la obligación de protección estaba implícita. Cfr. William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary* (OUP, 2015), 1814 y ss.

³ Hugues Fulchiron, “Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo”, *La Ley* (2014), B, 875.

bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. (Art. 8,2 CEDH)⁴

Si se compara este abordaje de la vida privada y familiar con el del sistema interamericano, las diferencias saltan rápidamente a la vista. En primer lugar, “familia” es un concepto que en el contexto del sistema europeo aparece sólo una vez, y precisamente, encerrada en el marco de la “privacidad” que protege el Art. 8 de la CEDH, cuyo sentido prístino es, precisamente, negativo. En tanto, la *Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”* (CADH) ofrece un panorama diametralmente distinto. La palabra “familia”, de entrada, aparece mencionada seis veces en el texto de la Convención y bajo un signo muy distinto. Si bien es verdad que la primera mención de la vida privada y familiar se enmarca en un contexto semejante al Art. 8 CEDH (vida privada y familiar), la acuñación latinoamericana, especialmente la versión en español transmuta el significado. Ya no se trata de la protección a la vida privada y familiar, sino que se trata más bien de la “Protección de la Honra y de la Dignidad” (Art. 11, CADH). Simbólicamente, el encuadrar el mismo estándar bajo una óptica tan distinta dice mucho sobre la vivencia latinoamericana de dicho estándar (al menos a la época de su formulación)⁵. El ataque a la privacidad familiar (Art. 11.2-3, CADH) es el reverso del deber de tutela de la honra y la dignidad (Art. 11.1, CADH). No tutelar la privacidad familiar, es así presentado, en la narrativa de los derechos humanos en el marco de la convención, como un ataque a la dignidad humana. Se explica también por eso, que las excepciones que justificarían una interferencia en dichos derechos sean mucho más limitadas en el sistema interamericano que en el europeo: para el Art. 11 CADH ningún ataque abusivo so arbitrario es admisible. Si se compara esta formulación con la europea, salta a la vista el carácter más restrictivo de la regulación interamericana.

Se perfila una verdadera identidad latinoamericana en materia familiar, que, a nuestro juicio, no acaba de ser suficientemente puesta en valor por la jurisprudencia de la Corte IDH, pronta a veces a recurrir a estándares de interpretación europeos, sin advertir suficientemente la riqueza profunda de la identidad latinoamericana en materia de derechos humanos en contexto de familia y niñez.

⁴ Omitimos aquí el desarrollo del articulado de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El respeto a la vida privada y familiar aparece enunciado en el Art. 7, mientras que el art. 9 contiene el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sin hacer referencia al sexo de los contrayentes. En tanto, el Art. 33 propone una protección de la familia en los “planos jurídico, económico y social”, así como medidas referidas a la conciliación de la vida familiar y vida profesional, protección de la maternidad o permisos parentales por nacimiento de un hijo o adopción.

⁵ Es notable. La traducción inglesa de ese mismo artículo está titulada “Right of Privacy”, confirmando entre otras cuestiones la hipótesis de Paolo Carozza, cuando postula que hay una grieta no sólo lingüística, sino también cultural entre la perspectiva inglesa y la perspectiva latinoamericana de los derechos humanos enunciados en el sistema regional interamericano. Ver Paolo Carozza, “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, p. 154 and ff.

3.

LA GRAMÁTICA DE LA VIDA PRIVADA FAMILIAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: LAS FUENTES CONVENCIONALES Y DERIVADAS

Las fuentes convencionales y derivadas de la “vida familiar” son múltiples. Aquí nos referiremos específicamente a la Convención Americana de Derechos Humanos,

A) LA VIDA FAMILIAR EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, indudablemente, la fuente principal a la que corresponde referirse es la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en dónde, como se indicó más arriba, hay una referencia repetida a la familia bajo distintos ángulos.

Esta pluralidad de ángulos que propone la Convención Americana obliga a distinguir entre “vida privada y familiar”, privacidad familiar (Art. 11.2), “protección a la familia” (Art. 17, 27, 32), y “derechos del niño” en tanto que inserto en un contexto familiar (Art. 19). La Corte suele tratar en conjunto el estándar de la protección a la familia y la protección a la vida privada y familiar del Art. 11.2. Sin embargo, no escapa el matiz diferencial: el primer estándar percibe a la familia en tanto que un sujeto que merece protección y de su subjetividad nacen derechos subjetivos para sus miembros (derecho a casarse, igualdad de derechos de los cónyuges, protección del niño en la hipótesis de la ruptura, derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales). En cambio, la “vida privada y familiar” es un derecho subjetivo individual. Este matiz aún no se perfila en la jurisprudencia de la Corte IDH, en la que resulta manifiesta una interrelación entre derechos y deberes de los individuos, la sociedad y el Estado con la familia (Art. 32). Generalizando, tanto los derechos emanados del estándar de protección a la familia, como el derivado de la vida privada y familiar pueden, a los efectos de este trabajo, subsumirse en el concepto de vida familiar, dejando a resguardo la ambigüedad que este concepto encierra, que motivaría muy bien otro trabajo que ahondara en mayores precisiones.

Ingresando directamente en la fuente convencional, el primer abordaje de la vida familiar aparece inmediatamente el Art. 11.2., al que, como nos referimos a él más arriba, omitiremos en este segmento. Recordemos que, desde su formulación, la vida privada y familiar entraña tanto obligaciones negativas como positivas.

Aun con esa fuerte inherencia mutua de la dignidad y la privacidad familiar que plantea la CADH (en su texto en español), el texto consagra, además, un artículo específico a la protección a la familia. Se trata de una neta presentación positiva, que ya no se enmarca bajo el techo de la privacidad como terreno de exclusión de injerencias arbitrarias. La familia se presenta como una entidad merecedora de derechos y protección por parte del Estado, en una afirmación llamativa, si se la contrasta con el sistema europeo⁶. La densidad que cobra así la familia es completamente otra en el sistema interamericano. El Art. 17 sostiene que:

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 tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

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 de este. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de 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 de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es verdad que la Convención enmarca el derecho a contraer matrimonio dentro de la protección de la familia, a diferencia del sistema europeo que secciona ese derecho y lo trata separadamente en el Art. 12 CEDH, sin mención alguna, por otra parte, a la noción de familia. También en este abordaje, en la opción de contextualización “familiar” del derecho a casarse se respira una idea de protección de la vida familiar que es diferente -en término de valores y cultura- a la que ofrece el sistema europeo.

La protección de la niñez en el contexto familiar aparece doblemente consagrada, tanto en el Art. 17,4 como en el Art. 19 CADH. El Art. 17,4 contenga lo que tal vez sea la

⁶ La Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada en 1981 y entrada en vigor en 1986 por la Organización de Estados Africanos) tiene una formulación semejante en este sentido a la Latinoamericana. El acento en la protección de los niños es menor, y en cambio se da más espacio a la protección de los valores tradicionales de cada comunidad. Adquieren también una relevancia especial los ancianos y las personas con discapacidad. En materia de protección de la familia, establece en su artículo 18 que: “Article 18: 1. The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State, which shall take care of its physical health and moral. 2. The State shall have the duty to assist the family, which is the custodian of its physical health and moral. 3. The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the woman and the child as stipulated in international declarations and conventions. 4. The aged and the disabled shall also have the right to special measures of protection in keeping with their physical or moral needs.”

formulación más tajante en materia de protección de los derechos individuales de los niños en el marco de la ruptura familiar en cualquier sistema internacional o regional de derechos humanos. La Convención dice que “en caso de disolución” del matrimonio, se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos “sobre la base única” del interés y conveniencia de los hijos (no es mejor interés, ni siquiera interés superior del niño, sino la “única base” de determinación a considerar). El Art. 19 obliga no sólo al Estado, sino a la familia y a la sociedad toda a proveer las medidas de protección necesarias para el niño.

El Art. 32 provee una gramática muy valiosa: el individuo pasa de acreedor a la vida familiar a ser deudor de ella. La matriz individualista de análisis que provee el Art. 11 CEDH se revierte completamente. La familia no sólo resulta acreedora de protección, en tanto que institución, sino que además el individuo -que en el sistema europeo es quien tiene los derechos subjetivos a la vida familiar- pasa de acreedor a deudor:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En este sentido, conviene remarcar que el sistema africano de derechos humanos resalta aún más la noción de deberes del individuo hacia la familia. La regula en dos artículos, en los que pone en cabeza del individuo, deberes hacia sus prójimos y hacia la sociedad⁷.

El Art. 32 CADH ofrece la gramática de la correlación entre deberes y derechos, e inscribe en ella la dimensión social y familiar del individuo. El individuo está obligado hacia su comunidad, su familia, a la humanidad en general, en una presentación que hace de la protección de la familia también una obligación de los niños⁸.

Finalmente, el marco conceptual del derecho a la vida familiar se proyecta sobre la prohibición de suspensión de dicha garantía en las hipótesis de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la seguridad o independencia del Estado parte (Art. 27,2, CADH).

⁷ La Carta de Banjul establece: “Article 27. 1. Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community. (...)”. Ver también: “Article 29. The individual shall also have the duty: 1. To preserve the harmonious development of the family and to work for the cohesion and respect of the family; to respect his parents at all times, to maintain them in case of need; (...)”

⁸ Los niños en tanto que personas, quedan obligados hacia la familia en la medida de sus posibilidades y protección. A la inversa, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a proteger los niños, cfr. Karlos Castilla, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (DHES, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014. Disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf), p. 43 y ss.

Interesa aún señalar la gramática relacional de los derechos a la vida familiar⁹. El niño no es concebido en el sistema interamericano como un sujeto recortado de sus relaciones familiares, sino precisamente inserto en un contexto familiar, más allá de reconocer su condición de titular de derechos subjetivos que puede hacer valer respecto de otros miembros de la familia o el Estado. La jurisprudencia de la Corte IDH confirmará esta hermenéutica de la niñez.

B) EL “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

Para completar el cuadro, se hace indispensable agregar el articulado del *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”. Fue ratificado por la mayoría de los países firmantes, entre ellos, Argentina, en el año 2003 y Uruguay en el año 1996. Se trata de un texto más moderno que la Convención, que por ello ofrece una enunciación de derechos de gran actualidad. La familia está profusamente referida, especialmente en los siguientes ítems:

- *Derecho al trabajo*: “Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminadas a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer su derecho al trabajo (Art. 6)
- *Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo*: “dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de una subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual...” (Art. 7).
- *Derecho a la salud*: “(...) Los Estados partes se comprometen a (...) “la atención primaria de la salud, entendiendo como tal asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad” (Art. 10, 2, a).
- *Derecho a la Constitución y Protección de la familia*: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien de-

⁹ Al respecto ver Beloff, Mary, “Comentario al Art. 17. Protección a la familia”, en Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014), p. 376 y ss. Especialmente, p. 405: “De esta forma, la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas”. También: O’ Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004), p. 794-795.

- berá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
- a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
 - b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
 - c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
 - d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.” (Art. 15)
- *Derecho de la niñez*: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.” (Art. 16)
 - *Protección de los ancianos y minusválidos*. Los Arts. 17 y 18. Respecto de los derechos de los ancianos, el texto no hace mención de su contexto familiar. Cabría pensar que en la medida en que el Estado se compromete a garantizar sus derechos, podría hacerlo indirectamente, a través de la estructura de protección inmediata que ofrece la familia. De hecho, esa es la hermenéutica que proporciona el Art. 18, b: “Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos”. Paradójicamente, mientras que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad no se refiere específicamente a la familia, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, sí lo hace.

C) OTROS INSTRUMENTOS RELEVANTES

Existen una serie de instrumentos destinados a favorecer la cooperación internacional y a abordar cuestiones relativas a la potencial colisión de derechos. Así, la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias* (a la que Argentina adhirió, y que ratificaron Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay); la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores* (ratificada por Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), la *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores* (ratificada por Belize, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay); y, la *Convención Interamericana sobre tráfico de menores* (a la que Argentina apenas adhiere, pero ratifican Belize, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay y Uruguay).

Este cuadro no estaría completo sin mencionar la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”*¹⁰ y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

Respecto de la primera, se entiende que la protección de la mujer víctima de violencia, exige también la protección de su familia (Art. 4, inc. e). Paralelamente, se prevé la obligación del Estado parte de proveer “servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados” (Art. 8, d).

La *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, entre otras previsiones, establece la obligación del Estado parte de adoptar programas, políticas o acciones para facilitar y promover “el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas” (Art- 7, segundo párr.), el derecho a la participación activa dentro de su familia (Art. 8), el desarrollo de programas de capacitación dirigidos a los “familiares y personas que ejerzan tareas de cuidado domiciliario” (Art. 9, g y Art. 19, inc. o), diseñar “medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidado” (Art. 12, tercer párrafo), promover la interacción familiar (Art. 12, c, iii),

¹⁰ Ratificada por Argentina y Brasil en el año 1986.

Queda así presentado el soporte de derecho regional en el que se funda la jurisprudencia. Vayamos ahora a la interpretación o corporeización que hace la Corte IDH del derecho regional.

A continuación, analizaremos los distintos sentidos de la vida familiar, así como fue tratada en la jurisprudencia de la Corte IDH y en instrumentos derivados en el cuadro interamericana.

4.

LA VIDA PRIVADA FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA Y EN INSTRUMENTOS DERIVADOS

A partir de los diversos sentidos que ofrece las fuentes-marco de la vida familiar, avanzamos ahora sobre la riqueza interpretativa de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como el vuelo que toma el concepto en diversos instrumentos derivados. Partimos de la

A) LA VIDA PRIVADA FAMILIAR COMO OBLIGACIÓN DE TOMAR MEDIDAS NEGATIVAS (NO INTERFERENCIA) Y POSITIVAS (PROTECCIÓN) DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH ha entendido que la vida privada familiar se conjuga en términos de no interferencia en la privacidad, pero también de protección y promoción del desarrollo de la vida familiar. Así, en el caso “Rochac Hernández vs. El Salvador”, ha sostenido que:

Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar¹¹

¹¹ Corte IDH, Caso “Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs.

B) LA NIÑEZ CON FAMILIA Y SIN FAMILIA: LAS IMPLICANCIAS

Curiosamente, el primer precedente trascendente en materia de aplicación del estándar de “vida privada familiar” a la niñez es precisamente el caso de niños en los que la vida familiar se encuentra menguada, probablemente reducida a su mínima expresión. Se trata del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”¹². Se trata de niños en situación de calle, entre los cuáles había un mayor de edad y tres adolescentes, que, en virtud de una enemistad, son torturados y asesinados. En el crimen interviene un oficial miembro de las fuerzas de seguridad.

Merece la pena encabezar este estudio con el fallo “Niños de la Calle”, no sólo por ser el primer fallo relevante en materia de niñez emitido por la Corte IDH, sino también porque refleja el reverso del derecho estudiado: vale decir, la privación de la vida familiar. Estar “en la calle” es lo contrario del hogar. La Corte entiende que:

Quando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (Conv. Derechos del Niño, preámbulo, párr. 6), a pesar de que todos niños tienen derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta con su propia vida¹³.

La Corte IDH refiere la necesidad de precisar los alcances de lo que se denomina “medida de protección” en el Art. 19 de la Convención Americana, que es el que garantiza los derechos de la niñez, entendiendo que entre las medidas que el Estado está obligado a tomar en beneficio de la niñez deben resaltarse en especial las de “asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de supervivencia y desarrollo del niño, al derecho a un nivel adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”¹⁴.

Es así que el punto de partida de este recorrido empieza forzosamente con un bemol. Niños y adolescentes tienen necesidad de una familia para desarrollarse plena y armonio-

El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 106. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46. Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 169”

¹² Corte IDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, 19/11/1999.

¹³ Ibid., par. 191.

¹⁴ Ibid., par. 196.

samente, y el Estado, en caso de falta de cuidados parentales, debe redoblar su acompañamiento y asistencias especiales para procurar un ámbito digno al niño y correspondiente a las necesidades.

En el año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) produjo el informe *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*¹⁵.

Así, en el prólogo, se señala que “La CDN y la Declaración y Convención Americanas, atribuyen a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado y bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de la vida”. Es así que el Estado queda obligado a propiciar y promover un apoyo adecuado a las familias. Para eso, se entiende necesario fortalecer el entorno familiar y comunitario del niño. El informe se refiere, como en general, a la familia biológica.

En este sentido, en ese mismo informe (*El derecho del niño...*, citado más arriba) se apunta el informe *Hacia un mundo sin violencia*, basado en una encuesta mundial sobre la violencia contra los niños, presentado en 2006 por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños¹⁶ y las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños* del año 2009¹⁷, se propone el desarrollo de una estrategia preventiva, a fin de garantizar el derecho de que los niños puedan ser cuidados y criados en un entorno familiar, lo que se asocia con una vida libre de violencia.

Detengámonos un instante en las *Directrices*, aunque se enmarquen en el sistema ONU, para luego pasar al informe temático regional. Las directrices reclaman:

- a) *Apoyar esfuerzos para que la familia biológica* pueda ejercer la guarda y, en caso de ser imposible, sus familiares cercanos (en su defecto, adopción o kafala)¹⁸. La separación de la familia debe ser una decisión de última razón (“principio de necesidad”¹⁹). Nunca la pobreza puede constituir un motivo de separación de los padres o en su caso que se mantengan las relaciones fraternas. En todos los casos

¹⁵ CIDH, UNICEF, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (Washington: 2013), v

¹⁶ Puede consultarse en: http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia_un_mundo_sin_violencia_booklet.pdf

¹⁷ Accesible en: https://www.crin.org/en/docs/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf

¹⁸ Directriz 3.

¹⁹ Según el documento Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland, Servicio Social Internacional, Oak Foundation, Aldeas Infantiles SOS Internacional y UNICEF, *Moving Forward. Implementing the Guidelines*, 2012, <http://www.alternativecareguidelines.org/Portals/46/Moving-forward/Moving-Forward-implementing-the-guidelines-for-web1.pdf> (Consultada 24 de agosto de 2017)

- debería velarse por el principio de no separación de hermanos²⁰. Las separaciones de la guarda deberían ser revisadas periódicamente.
- b) Velar por que, en el *entretiempo hacia soluciones permanentes*, los niños puedan continuar su desarrollo integral y armonioso en formas de acogimiento alternativo (no institucionalizado).
 - c) Alentar a los gobiernos a asumir obligaciones relativas al fortalecimiento y apoyo familiar²¹
 - d) Especialmente, debe fortalecerse el *apoyo a hogares de riesgo*, como los que presentan algún tipo de discapacidad, droga-dependencia, alcoholismo, familias indígenas que pueden padecer discriminación, minorías y familias en zonas de conflicto armado u ocupación extranjera.
 - e) Especialmente, atender la *situación de niños que han sido víctimas* de abusos y explotación, abandonados, en situación de calle, nacidos fuera del matrimonio, no acompañados y separados, desplazados, refugiados, hijos de trabajadores migrantes, solicitantes de asilo y con VIH/SIDA.
 - f) Trabajar con la sociedad civil y ONG's
 - g) Los acogimientos alternativos²² deberían mantener *cercanía con la residencia habitual*, a fin de facilitar contacto con la familia y minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social²³
 - h) Debe propenderse a la *estabilidad* del hogar alternativo, con vínculo continuo y seguro²⁴.
 - i) Debe evitarse que las instituciones alternativas de acogimiento tengan finalidades de promoción política, religiosa o económica²⁵.
 - j) Sin embargo, la modalidad religiosa y cultural puede ser de interés para proteger una continuidad de las prácticas religiosas y culturales del niño²⁶.
 - k) El acogimiento residencial debe ser excepcional. Sobre todo, tratándose de niños de corta edad (menos de tres años²⁷). En todos los casos deben preverse estrategias de acogimiento de emergencia, a corto y a largo plazo²⁸. Se exhorta a realizar un

²⁰ Directriz 16.

²¹ Directriz 3.

²² Por acogimiento alternativo se entiende el hecho por familiares, en hogares de guarda, en formas de acogida familiar o similar o residencial no familiar (centros de tránsito, hogares).

²³ Directriz 10.

²⁴ Directriz 11.

²⁵ Directriz 19.

²⁶ Directriz 74.

²⁷ Directriz 21.

²⁸ Directriz 53.

triage (“principio de idoneidad”²⁹) y un plan del acogimiento. Luego, revisiones periódicas.

- l) Deberían *diseñarse dispositivos adecuados para la toma de decisiones en relación a niños en acogimientos alternativos*.
- m) Debe tenderse a una *estrategia global de desinstitucionalización*³⁰.

Las *Directrices* instan a los Estados a afrontar las causas fundamentales del abandono de niños, la renuncia a la guarda y la separación del niño de su familia. Los Estados “deberían elaborar y aplicar políticas coherentes y mutuamente complementarias orientadas a la familia con objeto de promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir sus deberes de cuidado de los hijos”³¹. Entre ellos se sugieren:

- a) Servicios de mejora del medio familiar (educación parental, técnicas de solución de conflicto y en general, empleo e ingresos genuinos)
- b) Servicios de apoyo social como guardería, mediación, servicios para padres e hijos con discapacidad, con combinación de recursos entre comunidad y cuidador
- c) Políticas de acompañamiento a jóvenes.

Deben promoverse acompañamientos a adolescentes embarazadas y progenitores adolescentes, métodos y técnicas complementarios de apoyo familiar, como visitas domiciliarias, asunción de compromisos, grupos con otras familias, fortalecimiento de vínculos intrafamiliares, etc.

Sobre la base de estos antecedentes, y a fin de prevenir y evitar la violencia, la trata y otras formas de vulnerabilización de la niñez, la CIDH entiende, entre otras cosas, que es prioritario el “fortalecimiento de las familias en sus funciones parentales”³². Resulta indispensable un marco jurídico adecuado para “fortalecer las capacidades de la familia como ámbito primario de protección”. En ese sentido resulta indispensable diseñar e implementar políticas públicas, programas y servicios para la familia para “ser cuidado y criado por su familia de origen”. Se insta a los Estados partes a “identificar y considerar adecuadamente los factores sociales, culturales y económicos que subyacen a las limitaciones de las capacidades de las familias para la crianza y cuidado de los hijos”. Se sugiere crear programas y servicios de asesoría y apoyo a los futuros padres y madres, sobre todo si son adolescentes, para que “ejerzan sus funciones parentales en condiciones de dignidad”, sobre todo, facilitando las

²⁹ Según *Moving forward...*, cit. p. 67 ys s.

³⁰ Directriz 22.

³¹ Directriz 32.

³² CIDH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 264.

condiciones de las adolescentes embarazadas para que tengan el apoyo necesario para continuar sus estudios. El eje familia-trabajo es uno de los asuntos primordiales a atender³³.

C) LA OBLIGACIÓN POSITIVA DE PROMOVER EL DISFRUTE DE LA MUTUA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS

La Corte ha entendido en numerosa jurisprudencia que el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos forma parte de la vida familiar y debe ser garantizado por el Estado. Es de esta noción que surge el deber de reunificar a las familias³⁴ y de evitar la separación del entorno familiar³⁵.

Así, en el caso “Vélez Restrepo” la Corte afirmó:

La Corte también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. El Tribunal también ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.³⁶

D) LA SEPARACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR COMO CAUSAL DE VULNERABILIZACIÓN

La separación del niño de su familia implica, para la Corte, una violación del Art. 17 de protección de la familia, lo que constituye un derecho para los niños. Así ha dicho que: “En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana”³⁷.

La Corte IDH advierte que los niños privados del entorno familiar están sujetos a una vulnerabilidad agravada. En este sentido, junto con la problemática de los niños de la calle,

³³ CADH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 255.

³⁴ “Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.”, Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 190.

³⁵ “En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 77.

³⁶ Corte IDH, Caso, “Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”, 3/9/2012, párr. 225. También en Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, 4/9/2012, párr. 145.

³⁷ Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 187.

piensa también en los niños institucionalizados o privados de la libertad³⁸, desplazados³⁹ o los que son víctima de secuestro o sus padres son secuestrados, refugiados⁴⁰, migrantes⁴¹, en el marco de un conflicto armado⁴², o víctimas de desapariciones forzadas.

E) OBLIGACIONES POSITIVAS PREVENTIVAS DEL ESTADO RESPECTO DE LA SEPARACIÓN DE LA FAMILIA

En el caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”⁴³ la Corte sostuvo que “...la desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores”. En el caso “Contreras y otros vs. El Salvador”⁴⁴ sostuvo que entre las medidas de protección de la niñez a las que obliga el Art. 19 de la CADH se encuentran las que obligan a tomar “medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”⁴⁵ (en el caso se trata de un secuestro de un niño, pero la aplicación a los trabajadores migrantes resulta evidente). O también, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la obligación de tomar medidas necesarias para “impedir la ‘venta’ de niños cualquiera sea su fin o forma”:

El texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre las distintas medidas, sino que debe impedir la “venta” de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la ‘venta’ de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin⁴⁶.

Notable resulta la opinión de la Corte que, invirtiendo los términos, afirma la inconveniencia de la prisión de los familiares migrantes indocumentados que tuvieran a su cargo el cuidado de niños:

³⁸ Corte IDH, Caso “Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay”. 2/9/2004.

³⁹ Corte IDH, Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012.

⁴⁰ Corte IDH, Caso “Familia Pacheco Tíneo Vs. Bolivia”, 25/11/2013.

⁴¹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014.

⁴² Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 20/11/ 2013.

⁴³ Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, par. 167. 25/5/2010. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, 24/8/2010, párr. 261.

⁴⁴ Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 201, párr. 107.

⁴⁵ Ver también: Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012, párr. 238.

⁴⁶ Corte IDH, Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”, 27/4/2012, parr. 139.

Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.⁴⁷

F) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y AFECTACIÓN AL EJERCICIO DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES

Especialmente significativo, en una hipótesis de desaparición forzada, resulta el caso de Macarena Gelman. Macarena Gelman había nacido en cautiverio y fue separada tempranamente de su madre, de la que se desconoce aún hoy el paradero. La Corte entendió que la privación de las relaciones familiares impedía el ejercicio de los demás derechos, toda vez que la autonomía se adquiere por medio de las relaciones familiares, entendiendo por “familia” a la familia biológica. Así:

En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.⁴⁸

Así entendido, el daño de privar a un niño de su entorno familiar para su desarrollo, sobre todo si ocurre en la primera infancia, impediría la libertad y el ejercicio de la autonomía personal. En el mismo sentido, “Atala Riffo Vs. Chile”, un año más tarde⁴⁹.

De manera más enfática, en el caso de los niños migrantes, la Corte ha alertado sobre las implicancias que puede tener en exponer a los niños a la trata, a la explotación y los malos tratos⁵⁰.

⁴⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014. Párr. 158.

⁴⁸ Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 129.

⁴⁹ “Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. “Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 68 y 199. En el mismo sentido: Caso “García y Familiares Vs. Guatemala”, 29/11/2012, párr. 183.

⁵⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 91.

G) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y DERECHO A LA VIDA

Tal vez, la formulación más dramática del impacto de la separación del niño de su familia haya sido la que aparece en el caso “Gelman vs. Uruguay” en que la Corte sostiene que la separación del niño de su familia no gravita ya en el pleno ejercicio de su libertad, sino más directamente en el derecho a la vida:

Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.⁵¹

La privación de la vida familiar afecta el pleno desarrollo de un niño, y por lo tanto compromete la plenitud de su derecho a la vida. Conceptos semejantes se derivan del caso “Contreras y otros vs. El Salvador”⁵².

H) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

En “Contreras vs. El Salvador” la Corte entiende que la sustracción y separación de padres y familiares supuso una afectación a la integridad psíquica, física y moral, así como a la dignidad, sometiendo a los niños (en particular, como en el caso, en conflictos armados) a una “situación de particular vulnerabilidad”⁵³.

⁵¹ Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130.

⁵² Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 201, pár. 90: “En lo que se refiere al artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida”.

⁵³ Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 85-6.

I) VIDA PRIVADA FAMILIAR ENTENDIDA COMO FORTALECIMIENTO FAMILIAR

En líneas generales, y en línea con la jurisprudencia que antecede, la Corte ha entendido que la garantía de los derechos del niño va de la mano de la protección y fortalecimiento de la familia que integran. Así lo ha dejado asentado en su Opinión Consultiva 17/02 sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*:

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.⁵⁴

En realidad, la necesidad de fortalecer a la familia se incrementa proporcionalmente a la situación de riesgo o vulnerabilidad que esa familia exhiba. Así expresa nuevamente la OC 17/02: “En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁵⁵

La Corte ha sido igualmente sensible al fortalecimiento familiar en varios contextos. En materia de prevención de delincuencia juvenil ha sostenido, por ejemplo: “...y que implementen (los Estados parte) un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán (...) brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias”⁵⁶. Ideas semejantes se vierten respecto de la niñez en el marco de conflictos armados⁵⁷.

La Corte entiende que “el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el Art. 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁵⁸.

⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 53.

⁵⁵ *Ibid.* Párr. 66.

⁵⁶ Corte IDH, Caso “Mendoza y otros Vs. Argentina”, 14/5/2013, párr. 150.

⁵⁷ Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia”, 20/11/ 2013, párr. 327.

⁵⁸ Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 125.

5.

HACIA UN CONCEPTO DE VIDA FAMILIAR: ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN

La Corte IDH entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de “origen”. El principio biologicista lleva a la protección preferente de la vida privada familiar fundada en vínculos de naturaleza biológicos, en los que, sin embargo, aún no se ha problematizado o confrontado la diferenciación entre vínculo biológico y vínculo genético.

En cambio, implícitamente hay una protección de la vida familiar del niño, aún con origen ilícito, si esa vida tiene características de estabilidad e integración que hagan pensar que, desarticularla, podría ser contrario al interés del niño.

En esta última línea, en el Asunto “L. M. respecto Paraguay”, la Corte sostuvo la necesidad de la “diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades” en la intervención en asuntos en que hay niños involucrados. El menor L. M. había sido entregado al nacer por sus padres biológicos, que luego buscaron recuperar la responsabilidad parental o patria potestad sobre ellos. La Corte sostuvo:

En atención a lo anterior, el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente, sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos (...) puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver negativa y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.⁵⁹

La misma posición sostuvo la Corte IDH respecto de la Argentina en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”:

Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independiente-

⁵⁹ Asunto L.M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 18.

mente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto⁶⁰.

6.

EL CONCEPTO DE IDENTIDAD FAMILIAR, UNA PARTE DE LA VIDA PRIVADA

Especial interés reviste el concepto de “identidad familiar” al que la Corte IDH suele hacer referencia. La Corte entiende la identidad como un derecho que se teje bajo el amparo del derecho a la vida privada, y entiende que dicho derecho es un concepto relacional.

Así, en “Gelman vs. Uruguay” la Corte se refiere específicamente al concepto⁶¹, entendiendo además que hay una “identidad verdadera” (la biológica) y una falsa. El derecho a la identidad incluye el derecho a las relaciones de familia⁶².

También en el caso “Contreras vs. El Salvador” la identidad se asocia a recuperar los vínculos familiares. En dicho fallo, la identidad se define como:

Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares⁶³.”

⁶⁰ Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 52.

⁶¹ Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 131

⁶² Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130

⁶³ Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 112

Preservar la identidad, en especial la identidad familiar, es un derecho del niño. En esa dirección va el muy citado párrafo 123 del Caso “Fornerón vs. Argentina”:

Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.⁶⁴

Es de remarcar que la identidad familiar se extiende no sólo a las relaciones actuales, sino también al patrimonio genético y a los ancestros que forman parte del derecho a la identidad familiar del niño.

El derecho a la identidad familiar se traduce en un derecho a la registración⁶⁵ de dicha identidad, que la Corte IDH ha reconocido profusamente como fundante del acceso a los derechos que surgen de la nacionalidad y que permiten ejercer los derechos civiles y políticos.

La identidad familiar⁶⁶ también se proyecta sobre los derechos del niño a vivir según su propia cultura, especialmente en las etnias indígenas⁶⁷.

7.

LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS COMO TELÓN DE FONDO

No cabe duda de que, en el derecho contemporáneo, el concepto “familia” ni se circunscribe a modelos imperativos ni tiene una definición neta. Abarca una diversidad de expresiones, que son recogidas en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer lugar, la Corte entiende que “familia” es “principalmente su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado”⁶⁸.

⁶⁴ Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 123.

⁶⁵ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. 28/8/2014, párr. 274.

⁶⁶ Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 89 y 112.

⁶⁷ Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 167-9.

⁶⁸ Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

Familia, para la Corte, abarca también la “familia ampliada”. La Corte señala que “no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse a la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales”⁶⁹.

La “cercanía” de los lazos es un indudable factor que hace a la vida familiar. En este sentido la Corte ha extendido el concepto de familia incluso a quienes no son parientes, girando sobre la noción de “atención y cuidado”. Así, por ejemplo, en los contextos migratorios:

Además, en muchas familias las personas a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos.⁷⁰

Es así como la Corte IDH, en esas circunstancias tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del “núcleo familiar” del niño.

Verdad es que estas consideraciones que llevan a un sentido amplio de familia se hacen en el marco de la niñez migrante y la protección especial que requieren los niños en esa circunstancia, lo que de alguna manera explica una protección reforzada y una interpretación amplia. Sin embargo, el concepto no difiere de lo que ha entendido el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14⁷¹.

En especial en el caso “Atala Riffo vs. Chile”, la Corte ha sostenido que “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”⁷². En el caso, se trataba de la negativa a otorgar la tución o cuidado parental a Karen Atala Riffo, entre otras razones, en virtud de su declarada orientación lésbica, que se entendió perjudicial para sus hijas. La Corte sostuvo, empero, que cuando se trata de decidir el cuidado parental ni puede esgrimirse en abstracto el interés del

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

⁷⁰ Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

⁷¹ Comité de los Derechos del Niño (ONU), Observación General N° 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), supra, párr. 59: “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”.

⁷² Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 109.

niño para desestimar un cierto tipo de vida familiar (en el caso, la homoparentalidad)⁷³, ni tampoco puede prescindirse del principio de idoneidad que exige determinar en concreto cuál de los dos progenitores es más idóneo para el mejor desarrollo integral del niño⁷⁴. Vale decir, ni discriminación estereotipada, ni patente de indemnidad en virtud de la homoparentalidad: se trata de determinar en concreto el mejor interés del niño en el marco de las relaciones paterno-filiales.

En el mismo sentido, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la Corte advirtió contra “especulaciones, presunciones o estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”⁷⁵. En la hipótesis se trataba del reclamo de un padre para recuperar la custodia de su hija dada en guarda preadoptiva a un matrimonio. La monoparentalidad masculina fue entendida por los jueces que previnieron como un medio que no resultaba óptimo para la niña, y la Corte alertó contra esa afirmación que consideró estereotipada⁷⁶. De todas formas, es de señalar que la Corte tomó esta posición sobre la base del vínculo biológico entre el padre y su hija. Situaciones como la monoparentalidad masculina o femenina por elección en el marco de técnicas de reproducción humana asistida, aún no se han planteado.

Por último, la Corte también se ha referido a la familia indígena. En ese sentido ha sostenido que debe estarse al concepto de familia que emerge de las costumbres y culturas propias. Así, en el caso “Chitay Nech”: “En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.”⁷⁷

⁷³ “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”, *Ibid.* Párr. 110.

⁷⁴ “Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.”, *Ibid.* Párr. 109.

⁷⁵ Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.119.

⁷⁶ “Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”, Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.98.

⁷⁷ Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 159.

8.

DERECHOS DE LA NIÑEZ Y VIDA PRIVADA FAMILIAR EN LATINOAMÉRICA

Como colofón de este abreviado recorrido, vale la pena volver la mirada sobre el particularismo de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de niñez y vida privada familiar.

Si bien la Corte IDH se refiere a los instrumentos universales de protección de la niñez e interactúa con la jurisprudencia del TEDH cuando debe resolver cuestiones novedosas⁷⁸, y esa colaboración se expresa tanto en la conceptualización del *corpus juris* en materia de niñez como a través de la aplicación de estándares al derecho sistema regional en el marco de los fallos de la Corte Interamericana⁷⁹; también lo es que la identidad latinoamericana se expresa y plasma de manera rica, sobre todo en lo que concierne a la niñez.

“Niños huérfanos, desplazados, abandonados, detenidos, de la calle, golpeados, delincuentes” es apenas una síntesis de “situaciones desesperadas que constriñen a los niños en América Latina, que pueden enunciarse en una larga lista”⁸⁰. En el sistema interamericano el niño, por el sólo hecho de serlo, es sujeto vulnerable y acreedor de una protección especial. Sin embargo, ese niño, se encuentra expuesto con demasiada frecuencia a situaciones de privación de una vida familiar armónica y plena, que lo someten a una vulneración múltiple de sus derechos (que se agravan por ser mujeres, por ser indígenas, por encontrarse en situaciones de conflicto armado, por estar en riesgo social, por ser migrantes, por estar detenidos o privados de libertad, o por otras diversas razones⁸¹).

Se trata de niños que tal vez no conozcan su apellido y por eso no puedan localizar a su familia (el Caso “Contreras v. El Salvador), cuyos padres fueron objeto de desapariciones forzadas, que crecieron en ámbitos de violencia o delincuencia, que fueron privados tempranamente de una vida familiar, que sufrieron diversas afectaciones a su capacidad, viéndose

⁷⁸ “El sistema interamericano coexiste con otros Sistemas Internacionales de Derechos Humanos como son el Sistema Universal; así como, los sistemas regionales que existen en Europa y África. Ello implica que los diferentes sistemas se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos.” Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano* (2da. Edición, 2008), accesible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm#Interacción entre el Sistema Interamericano> (consultado el 26/08/2017), nro. 52.

⁷⁹ Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194

⁸⁰ Laurence Bourgogue-Larsen, «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme», en Vitoria Gasteiz, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones E internacionales* (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009), 149-180.

⁸¹ Juana María Ibañez Rivas, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, Vol 51, p. 13 y ss.

esta situación agravada por la burocracia y falta de respuesta del Estado, o que son indígenas o migrantes, lo que los hace extranjeros o los enajena desde el punto de vista cultural. La Corte IDH sistemáticamente entiende a esos niños, no como individuos, sino como miembros de un tejido familiar, cultural, lingüístico o político. Esta reinscripción, o re-contextualización del sujeto en la riqueza plural de sus relaciones que crean lazos entre él y lo suyo, se expresa invariablemente en contextos de gran dramatismo, lo que da mayor autenticidad y urgencia a las providencias de la Corte IDH. La familia es un derecho que no sólo forma parte de un “ahora”, sino que el individuo se inscribe en una larga cadena de vivientes, y tiene derecho al patrimonio que le da su memoria de integrar una familia determinada, aún en el sentido biológico y genético. La dimensión integral que la Corte advierte en su mirada respecto de la niñez y sus derechos es, en este sentido, conmovedora, cuánto más, cuando ella se desarrolla a partir de la privación y las carencias más dramáticas.

9.

BALANCE: UNA MIRADA LATINOAMERICANA SOBRE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Si quisiéramos hacer un balance sobre nuestras exploraciones previas, podríamos concluir lo siguiente:

- a) En el sistema interamericano, la significación de la familia, en términos del peso que adquiere su protección, es mucho más marcada que en el sistema europeo análogo. Mientras que el sistema interamericano contempla a la familia en distintas instancias de su articulado (Art. 11.2, 17, 19, 27, 32 CADH), el sistema europeo protege sólo la privacidad familiar derivada del Art. 8 CEDH.
- b) Si comparáramos la formulación de la protección de la privacidad familiar en el marco del sistema interamericano con en el europeo, llama la atención que en la traducción al español de la Convención Americana, el marco de la protección de la vida privada y familiar sea la protección de la honra y la dignidad. Ese encuadre resignifica, inscribe la privacidad familiar en el derecho a la dignidad de todo ser humano. La nobleza que la privacidad adquiere es completamente otra, pues se hace inherente al fundamento de todos los derechos humanos: a saber, la igual dignidad de todo ser humano por el hecho de ser tal.

- c) Al igual que en el sistema europeo, el sistema interamericano declina la protección de la vida familiar tanto como obligaciones negativas de no interferencia como en obligaciones positivas de protección. La dimensión positiva abarca deberes de los Estados parte de promover la estabilidad familiar, de fortalecer las familias, lazos y relaciones afectivas, de protección del derecho de los niños a crecer bajo el amparo de sus padres, y de esos mismos niños ante la crisis familiar, de capacitación de la familia para el cuidado y protección de las personas con discapacidad o mayores que reciban que reciban, de erradicación de la violencia y protección de la familia de la mujer. No sólo los Estados parte están obligados a la protección de la familia. La obligación pesa sobre los miembros de la sociedad y sobre cada individuo. En el sistema interamericano se da la peculiaridad que cada individuo queda obligado hacia la familia, que cobra así, en este sentido, una subjetividad.
- d) En su jurisprudencia, la Corte IDH entiende que las obligaciones derivadas de la protección de la familia, como anticipamos, suponen obligaciones negativas y positivas.
- e) Entre las obligaciones negativas o de no interferencia, la Corte IDH ha señalado el deber del Estado de no tener interrupciones disruptivas de la vida familiar que no estén suficientemente justificadas. La separación de la familia (biológica) aparece como última instancia. Pesa sobre el Estado el deber de garantizar la vida en común de los integrantes de la familia, ya se evitando separaciones injustas como promoviendo la reunificación familiar. Los niños no deben ser separados de su entorno familiar ni por acción ni por omisión del Estado. En el primer caso el Estado interviene en la familia provocando la separación de los padres respecto de sus hijos (p. Ej. “Contreras v. El Salvador”). En el segundo caso, el Estado, en virtud de su omisión, permite que se provoquen situaciones por las cuáles los niños son privados de sus padres o la familia resulta desintegrada (p. Ej. El caso “Niños de la Calle v. Guatemala”).
- f) En una segunda interpretación, la garantía de vida familiar implica obligaciones positivas o de promoción por parte de los Estados. La familia es la que permite el derecho a la vida, a la integridad personal y a la autonomía de los niños, favoreciendo el “pleno y armonioso desarrollo de la personalidad”. Como consecuencia, la Corte no sólo atiende al fortalecimiento de la familia que ya existe, sino también a dar respuesta a la ausencia de la vida familiar con acciones positivas de restablecimiento vincular o promoción de formas de vida familiar alternativa.

- g) En cuanto al fortalecimiento de la vida familiar, la Corte ha sostenido en su jurisprudencia que es deber del Estado sostener y apoyar los vínculos familiares. Especialmente, la Corte ha entendido que debe promoverse el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos, ya que la separación es una causal de vulnerabilización del niño.
- h) En cuanto a la ausencia de vida familiar, la Corte señala la necesidad de proveer una asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, y evitar, en cuanto sea posible toda forma de institucionalización. El Estado aparece como garante de la familia ausente.
- i) El imaginario de “vida familiar” que ofrece la Corte IDH (el objeto del derecho garantizado) tiene un sesgo contrapuesto al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que el TEDH entiende la vida familiar con una pluralidad muy amplia de matices y significados, la Corte IDH refiere con el término familia con gran frecuencia la familia de origen. De allí que aparezcan términos tales como “verdadera familia” y “verdadera identidad”, términos que pueden resultar inusuales de cara a la complejidad creciente de las formas de vida familiar que se advierte en las sociedades contemporáneas. Con todo, la Corte IDH ha protegido en algunos casos los valores de estabilidad, integración y perdurabilidad de la vida familiar, aún cuando el origen de esa vida familiar sea ilícito, si el interés del niño se ve protegido (p. Ej. “Gelman v. Uruguay”). El tiempo es un factor que la Corte valora en la creación de lazos de familia, cualquiera sea el origen de estos.
- j) La identidad familiar es una parte de la vida privada que se nutre de la vida familiar. La identidad, en tanto que derecho subjetivo implícito, en la gramática de la Corte es un derecho relacional. La identidad individual implica un emplazamiento familiar que remite a los ancestros y a los miembros de la familia con los que se convive y hay lazos actuales. La Corte apoya el concepto de identidad esencialmente sobre una perspectiva biológica, extendiendo lo bioógico incluso a lo genético, al hablar de una herencia transgeneracional que se transmite de generación en generación. La identidad incluye, sin embargo, la dimensión dinámica, que tiene que ver no sólo con la creación de lazos familiares de facto o derivados de un trato familiar, sino también con experiencias relativas a la cultura, la religión y la lengua de un grupo determinado. El derecho a la identidad incluye también el derecho de su reconocimiento por parte del Estado: hay un derecho al nombre, a la nacionalidad y a la registración de ambos.

- k) Al referirse a la familia, en tanto que “nomen iuris” protegido por la Corte IDH, no restringe su comprensión exclusivamente a la familia nuclear fundada en el matrimonio. La familia incluye los familiares más cercanos desbordando la noción más estricta de familia nuclear (“familia ampliada”), especialmente si, aunque no convivan, éstos familiares tienen lazos cercanos personales. La cercanía cobra relevancia a la hora de definir el concepto. Más aún, la Corte IDH se refiere a la pluralidad de modelos de familia, evitando concepciones “estereotipadas” de familia, incluyendo la homoparentalidad, las parejas de personas del mismo sexo, o incluso la familia monoparental femenina o masculina. La Corte mira la familia indígena como un sujeto de especial atención, en cuanto sus reglas de convivencia familiar difieren en extensión y contenido de formas más occidentalizadas.
- l) Finalmente, la Corte es especialmente empática respecto de los niños sin cuidados parentales o en situaciones de especial vulnerabilidad. Es capaz de discernir sentimientos de angustia, de soledad, de desprotección o de abandono en estos niños. Puede, a través de los distintos peritos, advertir las diversas necesidades de los niños según sus contextos culturales, en situación de inmigración, en conflicto con la ley penal, en situaciones de pobreza, encontrando para toda una palabra que visibilice la vulnerabilidad única que interpela a los individuos, a la sociedad y al Estado.

En fin, que hemos querido poner de especial resalto estas características singulares de la jurisprudencia regional. Es de desear una mayor conciencia de la riqueza del particularismo regional de la jurisprudencia interamericana. Riqueza que se amasa sobre la base de un diálogo fecundo con otros sistemas regionales y con el sistema universal, pero que adquiere su expresión más acabada y más fructífera en la conciencia de sí y de sus propias raíces y contribuciones únicas al sistema universal.

Para citar este artículo: Basset, Úrsula C., “Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517> *Revista de Derecho*, N° 17 (jul. 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 13-47.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia de la Corte IDH

- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- Corte IDH. Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Opiniones consultivas

- Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie No. A 16.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mísmo, Caso Cuba, (1983)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Uruguay (1983-84).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 38/96, Caso X y Y c. Argentina, Nro. 10.506, 15 de octubre de 1996.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamèrita Mestanza Chávez c. Perú, 10 de octubre de 2003.
- Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 59/03, Caso No. 12.433, Sonia Arce Esparza c. Chile, 10 de octubre de 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros c. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I.V. c. Bolivia, 23 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

Artículos y libros

Alston, Philip, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

Badilla, Ana Elena. *El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (San José: Editorial Porvenir, 1996)

Basset, Úrsula C. “Carta de Amigo del Tribunal en el caso “Atala contra Chile”. *ED*, 28/9/2011. https://www.academia.edu/30559332/Basset.Corte_IDH.Amicus_Curiae_Brief_Atala_v._Chile.pdf

Bertoni, Eduardo y Carlos J. Zelada, “Protección a la honra y dignidad”, en Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014), 272 y ss.

Beloff, Mary, “Comentario al Art. 17. Protección a la familia”, en Steiner-Uribe, *Convención Americana...* p. 376 y ss.

Beloff, Mary, “Comentario al Art. 19. Derechos del niño”, en Steiner-Uribe, *Convención Americana ...*, p. 447 y ss

Breen, Claire. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002).

Burgorgue-Larsen, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1 (2014). Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es

Castilla, Karlos, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (Barcelona: DHES, Universidad Pompeu Fabra, 2014). Disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf

- Carozza, Paolo, “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1 (2015): p. 154 and ff.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* Nro. 5: niños y niñas, (San José, Costa Rica, 2017).
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (San José, Costa Rica, 1996). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>
- O’Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1988. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/18049.pdf>
- O’ Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; (Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).
- Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014).
- Vargas Vera, Georgina, “Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad”, *Revista Iurisdictio* 18 (2016).