

## **2.5. VULNERABILIDAD DEL NIÑO O ADOLESCENTE Y SU DERECHO A LA VIDA PRIVADA FAMILIAR**

### EL DERECHO DEL NIÑO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ursula C. Basset

#### **1. TODO NIÑO TIENE DERECHO A ALENTAR UN PROYECTO DE VIDA**

Curiosamente, el primer precedente trascendente en materia de 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) c. Guatemala”<sup>(1)</sup>. Se trata de niños en situación de calle, entre los cuales 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 CIDH, sino también porque refleja el reverso del derecho estudiado: la privación de la vida familiar. Estar “en la calle” es lo contrario del hogar. La Corte entiende que:

“Cuando 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” (Convención de Derechos del Niño, preámbulo, párr. 6º), a pesar de que todo niño 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 se-

---

(1) CIDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, 19/11/1999.

gundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta con su propia vida”<sup>(2)</sup>.

La CIDH 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”<sup>(3)</sup>.

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

## **2. DE LOS NIÑOS DE LA CALLE AL DERECHO A LA FAMILIA: EL FORTALECIMIENTO FAMILIAR Y COMUNITARIO COMO GARANTÍA ESTATAL**

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*<sup>(4)</sup>.

Así, en el prólogo, se señala que “La CDN y la Declaración y Convención Americana, 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, 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

---

(2) *Ibíd.*, par. 191.

(3) *Ibíd.*, par. 196.

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

Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños<sup>(5)</sup> y las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños* del año 2009<sup>(6)</sup>, 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)<sup>(7)</sup>. La separación de la familia debe ser una decisión de última razón (“principio de necesidad”<sup>(8)</sup>). 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 debería velarse por el principio de no separación de hermanos<sup>(9)</sup>. 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 familiar<sup>(10)</sup>.
- 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.

---

(5) Puede consultarse en: [http://srs.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia\\_un\\_mundo\\_sin\\_violencia\\_booklet.pdf](http://srs.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia_un_mundo_sin_violencia_booklet.pdf).

(6) Accesible en: [https://www.crin.org/en/docs/Espanol\\_Directrices\\_aprobadas\\_CDDHH.pdf](https://www.crin.org/en/docs/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf).

(7) Directriz 3.

(8) 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.

(9) Directriz 16.

(10) Directriz 3.

- 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 alternativos<sup>(11)</sup> 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 social<sup>(12)</sup>.
- h) Debe propenderse a la *estabilidad* del hogar alternativo, con vínculo continuo y seguro<sup>(13)</sup>.
- i) Debe evitarse que las instituciones alternativas de acogimiento tengan finalidades de promoción política, religiosa o económica<sup>(14)</sup>.
- j) Sin embargo, la modalidad religiosa y cultural puede ser de interés para proteger una continuidad de las prácticas religiosas y culturales del niño<sup>(15)</sup>.
- k) El acogimiento residencial debe ser excepcional. Sobre todo, tratándose de niños de corta edad (menos de tres años<sup>(16)</sup>). En todos los casos deben preverse estrategias de acogimiento de emergencia, a corto y a largo plazo<sup>(17)</sup>. Se exhorta a realizar un *triage* ("principio de idoneidad"<sup>(18)</sup>) 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*<sup>(19)</sup>.

---

(11) 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).

(12) Directriz 10.

(13) Directriz 11.

(14) Directriz 19.

(15) Directriz 74.

(16) Directriz 21.

(17) Directriz 53.

(18) Según *Moving forward...*, cit. ps. 67 y ss.

(19) Directriz 22.

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”<sup>(20)</sup>. 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”<sup>(21)</sup>. 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 “ejercen sus funciones parentales en condiciones de dignidad”, sobre todo, facilitando las 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 atender<sup>(22)</sup>.

---

(20) Directriz 32.

(21) CIDH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 264.

(22) CIDH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 255.

### **3. DEBER 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 CIDH 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 c. 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 sólo 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 familiar”<sup>(23)</sup>.

### **4. 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 familias<sup>(24)</sup> y de evitar la separación del entorno familiar<sup>(25)</sup>.

---

(23) CIDH, Caso “Rochac Hernández y otros c. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: Caso “De la Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011, párr. 106. CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46. CIDH, Caso “Atala Riffo c. Chile”, 24/12/2012, par. 169.

(24) “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”, CIDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 190.

(25) “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”, CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de*

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 art. 17 de la Convención Americana”<sup>(26)</sup>.

## 5. 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 art. 17 de la Convención Americana”<sup>(27)</sup>.

La CIDH 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, piensa también en los niños institucionalizados o privados de la libertad<sup>(28)</sup>, desplazados<sup>(29)</sup> o los que son víctima de secuestro o sus padres son secuestrados, refugiados<sup>(30)</sup>, migrantes<sup>(31)</sup>, en el marco de un conflicto armado<sup>(32)</sup>, o víctimas de desapariciones forzadas.

---

*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.

(26) CIDH, Caso, “Vélez Restrepo y Familiares c. Colombia”, 03/09/2012, párr. 225. También en CIDH, “Masacres de Río Negro c. Guatemala”, 04/09/2012, párr. 145.

(27) CIDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 187.

(28) CIDH, Caso “Caso “Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay”, 02/09/2004.

(29) CIDH, Caso “Masacre de Santo Domingo c. Colombia”, 30/11/2012.

(30) CIDH, Caso “Familia Pacheco Tineo c. Bolivia”, 25/11/2013.

(31) CIDH, *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.

(32) CIDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia”, 20/11/2013.

### **a) Obligaciones del Estado de prevenir toda separación de la familia**

En el caso “Chitay Nech y otros c. Guatemala”<sup>(33)</sup> la Corte sostuvo que “...la desintegración familiar repecutió de manera notable en la condición de los menores”. En el caso “Contreras y otros c. El Salvador”<sup>(34)</sup> 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”<sup>(35)</sup> (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 c. 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 fin”<sup>(36)</sup>.

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:

“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”<sup>(37)</sup>.

---

(33) CIDH, “Chitay Nech y otros c. Guatemala”, par. 167, 25/05/2010. En el mismo sentido: CIDH, Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay”, 24/08/2010, párr. 261.

(34) CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31 /08/2011, párr. 107.

(35) Ver también: Caso “Masacre de Santo Domingo c. Colombia”, 30/11/2012, párr. 238.

(36) CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 139.

(37) CIDH, *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.

## **b) Separación de la familia y compromiso 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”<sup>(38)</sup>.

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 c. Chile”, un año más tarde<sup>(39)</sup>.

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 tratos<sup>(40)</sup>.

## **c) 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 c. Uruguay” en que la Corte sostiene que la separación del niño de su fa-

---

(38) CIDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, 24/02/2011, par. 129.

(39) “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”. CIDH, Caso “Atala Riffo c. Chile”, 24/12/2012, pars. 68 y 199. En el mismo sentido: Caso “García y Familiares c. Guatemala”, 29/11/2012, párr. 183.

(40) CIDH, *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.

milia 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 art. 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 art. 19 de la Convención y en el art. 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”<sup>(41)</sup>.

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 c. El Salvador”<sup>(42)</sup>.

#### **d) Separación de la familia y derecho a la integridad personal**

En “Contreras c. 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”<sup>(43)</sup>.

### **6. 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

---

(41) CIDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, 24/02/2011, par. 130.

(42) CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011, pár. 90: “En lo que se refiere al art. 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”.

(43) CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011, párs. 85-6.

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”<sup>(44)</sup>.

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”<sup>(45)</sup>.

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”<sup>(46)</sup>. Ideas semejantes se vierten respecto de la niñez en el marco de conflictos armados<sup>(47)</sup>.

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”<sup>(48)</sup>.

## 7. QUÉ ES VIDA PRIVADA FAMILIAR Y CÓMO SE FORMA

La CIDH entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de “origen”. El

---

(44) CIDH, 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.

(45) *Ibíd.* Párr. 66.

(46) CIDH, Caso “Mendoza y otros c. Argentina”, 14/05/2013, párr. 150.

(47) CIDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia”, 20/11/2013, párr. 327.

(48) CIDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, 24/02/2011, par. 125.

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”<sup>(49)</sup>.

La misma posición sostuvo la CIDH respecto de la Argentina en el caso “Fornerón e hija c. 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, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver

---

(49) Asunto L. M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1º de julio de 2011, párr. 18.

perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”<sup>(50)</sup>.

### **8. LA IDENTIDAD FAMILIAR, UNA PARTE DE LA VIDA PRIVADA**

Especial interés reviste el concepto de “identidad familiar” al que la CIDH 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 c. Uruguay” la Corte se refiere específicamente al concepto<sup>(51)</sup>, entendiendo además que hay una “identidad verdadera” (la biológica) y una falsa. El derecho a la identidad incluye el derecho a las relaciones de familia<sup>(52)</sup>.

También en el caso “Contreras c. 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 art. 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 art. 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 clara-

---

(50) CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 52.

(51) CIDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, 24/02/2011, par. 131.

(52) CIDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, 24/02/2011, par. 130.

mente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares”<sup>(53)</sup>.

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 c. Argentina”:

“Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 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”<sup>(54)</sup>.

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 registración<sup>(55)</sup> de dicha identidad, que la CIDH 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 familiar<sup>(56)</sup> también se proyecta sobre los derechos del niño a vivir según su propia cultura, especialmente en las etnias indígenas<sup>(57)</sup>.

---

(53) CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/8/2011, pág. 112.

(54) CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 123.

(55) CIDH, “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana”, 28/08/2014, párr. 274.

(56) CIDH, Caso “Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011, párs. 89 y 112.

(57) CIDH, “Chitay Nech y otros c. Guatemala”, 25/05/2010, párrs. 167-9.

## 9. LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS

No cabe duda 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 CIDH.

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”<sup>(58)</sup>.

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”<sup>(59)</sup>.

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”<sup>(60)</sup>.

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

---

(58) 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.

(59) 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.

(60) 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.

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 nro. 14<sup>(61)</sup>.

En especial en el caso “Atala Riffo c. 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”<sup>(62)</sup>. En el caso, se trataba de la negativa a otorgar la tuición 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 niño para desestimar un cierto tipo de vida familiar (en el caso, la homoparentalidad)<sup>(63)</sup>, 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 niño<sup>(64)</sup>. 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 c. 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”<sup>(65)</sup>. En la hipótesis se trataba del reclamo de un padre para recuperar la custodia de su hija dada en guarda preadoptiva a un matrimo-

---

(61) Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (art. 3º, párr. 1º), *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”.

(62) CIDH, Caso “Atala Riffo c. Chile, 24/12/2012, par. 109.

(63) “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”, *ibíd.*, párr. 110.

(64) “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”, *ibíd.*, párr. 109.

(65) CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 119.

nio. 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 estereotipada<sup>(66)</sup>. 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 atenderse 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”<sup>(67)</sup>.

---

(66) “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”, CIDH, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párr. 98.

(67) CIDH, “Chitay Nech y otros c. Guatemala”, 25/05/2010, párr. 159.