

DERECHO A LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y A SU PROTECCIÓN

THE RIGHT TO FOUND A FAMILY AND ITS PROTECTION

Antonio Cabanillas Sánchez¹

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

En este estudio se analiza fundamentalmente el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con referencia a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a constituir una familia y su protección. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos evidencia que América es uno de los continentes que más ha avanzado en el reconocimiento y protección de la familia en sus diversas formas.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitución de la familia, Protección de la familia.

ABSTRACT

This paper analyzes fundamentally the article VI of the American Declaration of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, with reference to the doctrine of the Inter-American Court of Human Rights concerning of the right to found a family and its protection. The Inter-American System for the Protection of Human Rights shows that America is one of the continents in which most significant progresses have been made in the recognition and protection of the family in its various forms.

KEYWORDS: American Declaration, Inter-American Court of Human Rights, Constitution of the family, Protection of family.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD. II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A CONSTITUIR FAMILIA. III. EL DERECHO A RECIBIR PROTECCIÓN PARA LA FAMILIA. IV. REFLEXIÓN FINAL.

¹ Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid.

INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar que existe un consenso generalizado acerca de que la familia es una de las instituciones básicas del Derecho, tanto interno como internacional, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad. Tal vez el aspecto más problemático sea el de la propia configuración de la familia. Esto se advierte en los principales instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde aparece en primer lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), cuyo artículo VI se refiere a la familia como elemento fundamental de la sociedad. Por ello se contempla en este precepto el derecho que tiene toda persona a constituir familia y a recibir protección para ella, de manera análoga a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (art. 16). A fin de precisar tanto el concepto de familia como el derecho de constituirla y de que sea protegida, es básica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con Observaciones Generales y Sentencias que tienen en cuenta la evolución de la familia en los diversos Estados iberoamericanos (OEA).

El derecho a la constitución y a la protección de la familia es un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado con el derecho a la igualdad y a la no discriminación².

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

La Declaración Americana establece en el artículo VI, desde la perspectiva de los derechos humanos, que la familia es el elemento fundamental de la sociedad.

No se define a la familia, seguramente por la dificultad existente para dar un concepto unitario de familia, de igual manera que tampoco lo hacen los instrumentos

² BADILLA, A.E, *El derecho a constitución y protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, a 22086 pdf , p. 118.

que configuran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³, empezando por los más importantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (art. 16.1) , y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 23. 1).

A pesar de reconocerle su centralidad y debida protección, a lo largo de los años se han planteado dificultades para definir qué se entiende por familia y precisar el alcance de su debida protección. Con relación al concepto de familia diversos organismos de derechos humanos han indicado que no existe un modelo único de familia. El concepto de familia ha experimentado una notable evolución en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Se ha debido adaptar a lo largo de los años a diversas circunstancias, contextos y realidades sociales⁴.

En la Observación General, n° 19, artículo 23 - La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se considera que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia, ya que ésta puede diferir, en algunos aspectos, de un Estado a otro y entre las diferentes regiones de un mismo Estado. Por consiguiente, cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, nuclear y extendida, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

³ Sobre su significado, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson Reuters-Cívitas, Pamplona, 2013.

5. BELOFF, m., “Artículo 17. Protección de la familia “, *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*. Coords: Steiner y Uribe. Suprema corte de Justicia de la Nación / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp.389 y 394 . Sobre esta cuestión, ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas , Madrid, 1999, pp. 37-86 ; ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia* , Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012. También VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915-4954.

En la normativa del Sistema Iberoamericano de Protección de los Derechos Humanos se establece una protección general de todas las familias, independientemente de cuál sea su composición, aplicando el principio jurídico de que no puede distinguirse donde la ley no distingue⁵.

El reconocimiento por la Declaración Americana de la familia como elemento fundamental de la sociedad se proyecta en la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana) (art. 17.1) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de El Salvador) (art. 15.1), así como en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (art. XVII-1).

La propia Asamblea General de la OEA, en la Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia, aprobada por Resolución de 18 de noviembre de 1983, como paso previo al reconocimiento de los derechos de la familia, reconoce la importancia que reviste la institución familiar como marco indispensable para el desarrollo físico, afectivo y social del individuo y como fundamento de toda sociedad ordenada, así como que las transformaciones de la sociedad en los aspectos económicos, sociales, tecnológicos y culturales tienen incidencia en la estructura y significado de la familia.

De igual manera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶, la CIDH en Opiniones Consultivas y en importantes Sentencias se refiere a la familia, siendo preciso tener en cuenta su doctrina para interpretar los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos , relativa a la constitución y protección de la familia⁷. Los mecanismos y fórmulas instaurados por el Sistema aseguran su buen funcionamiento tomando como punto de referencia el contenido de la Declaración Americana que se sitúa en la cúspide en los procesos de interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos en el continente americano⁸ . Todo

⁵ BADILLA, M.E., *op cit.*, p. 109.

⁶ Sobre la Convención Europea de Derechos Humanos (arts 8 y 12) y la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la familia, que ha influido en la de la CIDH, HARRIS, O'BOYLE and WARBRICK , “ Articles 8 and 12”, *Law of the European Convention on Human Rights* , Oxford University Press, 2ª edition, 2009 ; SALES JORDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva* , Bosch, Barcelona, 2009. Una visión de conjunto sobre la familia y su constitución en Europa por VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁷ BADILLA, A.E., *op cit.*, p. 109.

⁸ DÍAZ BARRADO, C. M., “Balance y perspectivas de los derechos humanos en América”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013, pp. 177 y 183.

esto se explica por la relación existente entre la Declaración Americana y las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica. El valor jurídico de la Declaración Americana se fortaleció por el propio Pacto de San José de Costa Rica, por la base legal y procedimental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y finalmente por la interpretación realizada por la CIDH, en el desarrollo de su competencia consultiva⁹.

Para determinar el significado de la familia, la CIDH establece, de conformidad con sentencias precedentes y la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (párr. 114), en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012¹⁰ (párr. 83), y Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012¹¹, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Más recientemente, lo afirma la Opinión Consultiva OC—24 / 17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (párr. 187)¹².

En la Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de junio de 1989, solicitada por el Gobierno de la República de Colombia a la CIDH sobre la interpretación de la Declaración Americana en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, se afirma que puede considerarse que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las

⁹ SALVIOLI, F. O., *El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos*. Ref: www.derechos humanos.unlp.edu.art/el- aporte- de - la- declaracion- americana, 1948, p. 7.

¹⁰ Sobre este Caso, considerado en *leading case* sobre la familia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ZUÑIGA URBINA, E., Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, nº 1, 2012, pp. 429-469; ZUÑIGA URBINA, E., “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012”, *Revista de Derecho Político*, nº 85, 2012, pp. 349-394.

¹¹ Sobre esta Caso, QUISPE REMÓN, F., “La fecundación *in vitro* desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Inrternacional*, vol. 65, nº 2, 2013, pp. 388-375.

¹² BELOFF, M. (*op cit.*, p. 368), destaca la importancia de esta doctrina de la CIDH para interpretar los múltiples sentidos de la institución familiar y su debida protección.

normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA (párr. 43). La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto (párr. 44). El artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados americanos.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Igualdad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la CIDH señala que la interpretación de las normas debe desarrollarse a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el mejor ángulo para la protección de la persona (Caso González y otros (Campo Algodonero) vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 33). Es en este sentido que la Convención Americana prevé determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien en excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (párrs 56 y 57).

La Corte se refiere al significado de la familia en varias Opiniones Consultivas y sobre todo en cuatro Sentencias, cuya doctrina hay que tener en cuenta no sólo en relación con la Convención Americana sino también con los diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el que destaca la Declaración Americana, tal como hemos apuntado anteriormente. Por ello es coherente que se analice el derecho a la constitución y protección de la familia en toda la normativa del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en

conexión con la jurisprudencia de la CIDH¹³. No es infrecuente que la CIDH tenga en cuenta la Declaración Americana al referirse a cuestiones que tienen que ver con la constitución y la protección de la familia, siendo especialmente significativa al respecto la mencionada Opinión Consultiva OC 24/17 de 26 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo. La CIDH considera en esta Opinión Consultiva que la protección de esta modalidad familiar se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia (párr. 194).

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH destaca la importancia que tiene la familia para cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Se reconoce que la familia constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

En esta Opinión Consultiva se tienen en cuenta las Directrices de Riad, el artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969) y la Declaraciones del Comité de Derechos Humanos de ONU. También se hace referencia a la doctrina del TEDH, que ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

De esta manera se justifica la necesidad de proteger a la familia, no limitada a la que se constituye a través del matrimonio, por ser la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especiales los niños.

Desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos, la CIDH estima que el término familiares debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.

¹³ BADILLA, A.E., *op cit.*, pp. 108-123.

En esta Opinión Consultiva aparece una configuración de la familia semejante a la expuesta por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación nº 7 (2005) sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia. Este Comité tiene en cuenta el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. El Comité reconoce que la familia aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluye a la familia nuclear, la familia extensa y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean con los derechos y el interés superior del niño.

En el Caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, la señora Atala demandó al Estado chileno ante la CIDH por discriminación, luego que la Corte Suprema de Justicia de Chile le negara la tuición o custodia de sus tres hijas, entregándosela al padre, porque las mismas se encontraban en una situación de riesgo, pues su entorno familiar excepcional les podía causar daños que podrían ser irreversibles, siendo preeminente la protección de las menores a otra consideración, como el respeto de la orientación sexual de la madre y de la vida familiar. Las menores tienen un derecho preferente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio.

La Corte considera que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (párr. 142).

Si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos

abstractos, estereotipado y / o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (párr. 146).

El Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad (párr. 139). Además, si la identidad sexual es un componente esencial de la identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia (párr. 139).

La orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo (párr. 167).

En el Caso Duque vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016¹⁴, la CIDH acoge la doctrina establecida en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile , porque el entendimiento de la familia como la constituida por un hombre y una mujer, podría operar tan sólo sobre la base de un concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana (párr. 84).

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención (párr. 104).

Se proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana (párr.105).

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la CIDH se refiere a los derechos a la vida

¹⁴ TRONCOSO ZUÑIGA, C. y MORALES CERDA, N., “Caso Duque con Colombia: Un caso de discriminación estructural”, *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, nº 13, 2017, pp. 135-145.

privada y familiar, en relación con la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro*, reconociéndose el papel central de la familia y el derecho a fundar una familia.

La Corte se pronuncia sobre la admisibilidad de la fecundación *in vitro*, cuya aplicación en Costa Rica había sido declarada inconstitucional.

La prohibición de practicar la fecundación *in vitro*, determinó que la CIDH estableciera que las parejas a las que fue denegada sufrieran una interferencia severa relacionada con la toma de decisión respecto a los métodos o prácticas que se deseaban intentar con el fin de procrear un hijo. La Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Así, la Corte declara que el Estado de Costa Rica es responsable de la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de dieciocho personas. Las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas necesarias para que queden sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de prácticas de fecundación *in vitro*, y que las personas que lo deseen puedan hacer uso de dicha práctica sin impedimento al ejercicio de sus derechos.

En el Caso Formerón e hijas vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012¹⁵, la CIDH reconoce la idoneidad de las familias monoparentales en relación con los niños. (párrs 94 y 99)¹⁶

La Corte sostiene que el disfrute mutuo de convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia (párr. 45).

En relación con el concepto de familia, se reproduce la doctrina de la CIDH en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

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

¹⁵ Sobre este Caso, BERTI GARCÍA, M. y NASAZZI RUANO, FJ, “Análisis ético-jurídico del caso Formerón e hijas vs Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Mendoza (Argentina), 2014, nº 4, pp. 221-218.

¹⁶ Sobre la familia monoparental, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Thomson-Cívitas, 2003, pp. 4997-5013.

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 (párr. 98).

Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño (99).

La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, confirma la doctrina de la CIDH en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile y Duque vs Colombia, con una amplia exposición, muy documentada y rigurosa.

La República de Costa Rica manifestó sus dudas sobre el contenido de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género establecida por la CIDH en esos Casos. Por este motivo, señala que una interpretación de la Corte respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos, es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones respecto de estos derechos humanos (párr. 2).

La Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en que se materializan vínculos familiares que no se limitan a las relaciones fundadas en el matrimonio (párr. 179).

Una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, una familia también puede estar conformada por personas con

diversas identidades de género y/o orientación sexual. La Convención no protege un modelo único o determinado de familias (párr. 179).

Con respecto al artículo 17.2 de la Convención Americana, si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse la familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana (párr. 182).

Es por ello que la Corte ha estimado necesario que además de tener en cuenta todas las disposiciones que integran la Convención Americana, se requiere verificar todos los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente en el sentido de las demás disposiciones. En este sentido, la Corte advierte que los artículos 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, y el artículo XVII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 15 de junio de 2016 contienen disposiciones análogas al artículo 17 de la Convención Americana (párr. 184).

Ninguno de los textos contiene una definición de la palabra familia o algún indicio de ello. Por el contrario, la formulación de las disposiciones citadas es más amplia. Así, la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de toda persona de constituir una familia. Ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, pues se refiere a sistemas de familia propios de los pueblos indígenas (párr. 185).

Ahora bien, la Corte constata que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la Convención, no hubo discusión alguna que versara sobre si se debía

considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia. Esto, sin duda, sucedió en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió. No obstante, se podrían tener consideraciones similares respecto de otras modalidades familiares, incluyendo aquellas en las cuales sus integrantes no asumen roles basados en estereotipos de género (párr. 186).

A juicio del Tribunal, tales circunstancias hacen que la afirmación sostenida en reiteradas ocasiones por esta Corte y su par europeo adquiera especial fuerza y vigencia: los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad, la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párr. 187).

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará (párr. 188).

En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna (párr. 189).

El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde la jurisprudencia más temprana, esta Corte ha

entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas (párr. 190).

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que si es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo con la Convención (párr. 191).

Por estas razones, la Corte coincide con su par europeo en cuanto que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y / o orientación sexual. El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad ; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada (párr. 192).

Quienes redactaron y adoptaron la Convención Americana no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí recogidos, motivo por el cual, la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos. Así, la Corte considera no estar apartándose de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, al reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apega a dicha intención original (párr. 193).

Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado. Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema

Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia (párr. 194).

La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al Derecho interno de los Estados en virtud del artículo 14 de la Convención. Es decir, la igual protección de la ley respecto a todo ordenamiento interno de un Estado y a su aplicación (párr. 195).

En esta Opinión Consultiva, la Corte entiende que el derecho a constituir familia y a que se la misma sea protegida, no puede ser limitado o restringido a nadie, con base en su orientación sexual, porque implicaría una discriminación no permitida.

II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A CONSTITUIR FAMILIA

El artículo VI de la Declaración Americana declara que toda persona tiene derecho a constituir familia.

La CiDH, de igual manera que el TEDH, al admitir que no existe un concepto de familia uniforme y cerrado, facilita extraordinariamente la posibilidad de constituir una familia.

En virtud de lo indicado anteriormente, el derecho a constituir una familia opera de manera independiente del derecho al matrimonio. No requiere la existencia de un matrimonio previo, o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio¹⁷. Esto se explica porque existe tanto un derecho a contraer matrimonio como un derecho a no contraerlo¹⁸. Esta conclusión se infiere de la Declaración Americana (art. VI) y del Protocolo de San Salvador, que tampoco se refiere al matrimonio (art. 15), así como de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo XVII-1 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas de familia, en particular la familia extensa, así como sus

¹⁷ BADILLA, A.E., *op cit.*, p. 111.

¹⁸ ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social, cit.*, pp. 87-135.

formas de unión matrimonial. En el mismo sentido la doctrina de la CIDH, tal como hemos visto.

Al poder constituir familia toda persona, no existen restricciones por razones de raza, sexo, idioma ni de otra alguna, lo cual está en consonancia con el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo II de la Declaración Americana. La referencia a “ni otra alguna” evidencia la amplitud que se ha de conferir al derecho a constituir una familia. No se puede admitir ningún tipo de discriminación, y en concreto, las basadas en la orientación sexual de la persona, como pone de relieve la CIDH. Uno de los aspectos esenciales de la constitución de la familia es el relativo a la no discriminación¹⁹.

La Declaración Americana utiliza en su artículo VI una expresión más amplia que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen de manera coincidente el derecho a contraer matrimonio y de fundar una familia. Por eso se ha entendido que esa disimilitud en la definición del derecho a constituir una familia puede tener relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar²⁰.

Si bien es cierto que la Declaración no se opone a que se pueda constituir una familia sin contraer matrimonio, no impide tampoco, como es habitual, que se constituya mediante la celebración de matrimonio.

El derecho a constituir una familia es un derecho de toda persona, y por tanto, requiere de su libre y pleno consentimiento. Esto se establece expresamente cuando la familia se constituye en virtud de la celebración de matrimonio en la Convención Americana (art. 17), en consonancia con la DUDH (art. 16) y la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución de 7 de noviembre de 1962. Lo mismo hay que afirmar cuando la familia se constituye al margen del matrimonio, de conformidad con el derecho de igualdad ante la ley, contemplado por el artículo II de la Declaración Americana. El derecho a constituir familia incluye a la filiación. Precisamente, el artículo VII de la Declaración Americana

¹⁹ BELOFF, *op cit.*, pp. 400-403.

²⁰ O´ DONNELL, D., *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª edición, 1989, p. 335 ; BELOFF, *op cit.*, p. 395, n. 28.

se refiere a la a la maternidad y la infancia. También la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas alude a la filiación al referirse en el artículo XVII a la familia indígena.

El derecho de toda persona a constituir una familia implica en principio la posibilidad de procrear y de vivir juntos, como señala el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General nº 19, artículo 23-La familia, 1990. La denominada autonomía reproductiva se concreta en la decisión de si se quiere tener o no hijos, incluyendo la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida²¹.

La opción reproductiva se concibe a partir del derecho a constituir una familia. El reconocimiento de este derecho comporta implícitamente el derecho a tener descendencia propia. Toda persona puede decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH subraya que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciado de los hijos.

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la CIDH relaciona el derecho a fundar una familia con la posibilidad de procrear (párr. 143).

Los problemas se plantean en torno a la planificación familiar y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

En la Observación General, nº 19, artículo 23-La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se afirma que cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del PIDCP y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en la Recomendación General nº 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, señala que en algunos informes se revelan prácticas

²¹ Sobre el derecho a constituir una familia y los derechos reproductivos, FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.

coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados. La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.

La cuestión de la utilización de las técnicas de reproducción asistida se ha planteado ante la CIDH, que se refiere a la fecundación *in vitro* en Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

En esta Sentencia, la Corte señala que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia, pudiendo utilizarse la fecundación *in vitro* para combatir la infertilidad. La prohibición de la fecundación *in vitro* para combatir la infertilidad vulnera los artículos 5.1, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las presuntas víctimas (párr. 141).

La decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético y biológico (párr. 143).

La Corte considera que en el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de la personas (párr. 144).

En primer lugar, el artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (párr. 145).

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Este derecho es vulnerado cuando

se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de convertirse en padres genéticos (párr. 146).

III. EL DERECHO A RECIBIR PROTECCIÓN PARA LA FAMILIA

La Declaración Americana reconoce el derecho a la protección de la familia, al disponer el artículo VI que toda persona tiene derecho a recibir protección para ella.

La protección de la familia se reconoce como un derecho autónomo, que corresponde a toda persona, el cual se proclama junto a otros derechos que también se reconocen a toda persona²².

Este derecho se configura en el Declaración como un derecho diverso del de constituirla. La protección de la familia presupone que la misma se ha constituido.

Aunque no lo diga expresamente la Declaración Americana, la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado, como establecen diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La Convención Americana lo establece en el artículo 17.1 y el Protocolo de San Salvador en el artículo 15 subraya que la familia debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. Análogamente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en el artículo XVII-1 que los Estados protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

La Declaración Americana (art. VI) está en conexión con estos instrumentos al referirse al derecho a la protección de la familia²³.

²² BELOFF, *op cit.*, p. 393.

²³ BADILLA, A.E, *op cit.*, p. 116.

También hay tener en cuenta la protección de la familia por la comunidad internacional, que se añadiría a la del Estado y la sociedad. En la Proclamación de Teherán de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 1968, se declara que la comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño (art. 16).

En la Observación General, nº 19, artículo 23-La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se destaca la importancia de la cooperación internacional para la protección de la familia. En este sentido se destaca que la posibilidad de vivir juntos puede implicar la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.

Este Comité de Derechos Humanos, en la misma Observación General, al referirse al artículo 23 PIDCP, en el que se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado y de la sociedad, considera que es preciso, a fin de dar una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, que los Estados Partes adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo. Los Estados Partes deberían suministrar información detallada sobre el carácter de esas medidas y sobre los medios utilizados para asegurar su protección efectiva. Por su parte, como el Pacto reconoce también el derecho a ser protegido en la sociedad, los informes de los Estados Partes deberían indicar de qué manera el Estado, y otras instituciones sociales conceden la protección necesaria a la familia, en qué medida el Estado fomenta la actividad de estas últimas, por medios financieros o de otra índole, y cómo vela porque estas actividades sean compatibles con el Pacto.

La Declaración Americana configura el derecho a la protección de la familia como un derecho humano que corresponde a toda persona, que podrá ejercitar frente a la sociedad y el Estado, aunque no lo diga expresamente, pero esto se infiere de los diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde se enmarca esta Declaración, así como de la doctrina de la CIDH.

En la Introducción de la Declaración Americana se subraya que la consagración de los derechos esenciales del hombre va unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, con lo que se pone en evidencia la conexión existente entre los

derechos humanos que reconoce, como el de protección de la familia, y el régimen interno de protección de cada Estado, que debe reconocer, como integrante de la OEA, los derechos humanos que figuran en esta Declaración.

A lo largo del texto de la Declaración Americana encontramos preceptos que constituyen aplicaciones concretas del derecho a la protección de la familia.

Los artículos V, IX y X prohíben las intromisiones abusivas, no sólo en la vida personal, sino también en la familiar, en la correspondencia y en el domicilio, teniendo toda persona derecha a la protección de la Ley.

La protección en el plano social se concreta en un conjunto de derechos imprescindibles para tener un nivel de vida adecuado atendiendo a las necesidades personales y familiares. Se reconocen y protegen los derechos propios de carácter laboral, en particular la retribución salarial y los relativos al ámbito de la Seguridad Social, como las consecuencias del desempleo, la vejez y la incapacidad por circunstancias independientes de la voluntad para obtener los medios de subsistencia (art. XVI). En este sentido, el artículo XIV dispone que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí mismo y su familia.

La Declaración Americana no se refiere específicamente a los trabajadores migratorios, respecto de los cuales no sólo se han de respetar sus derechos humanos sino también los de sus familiares. El tema es importante porque a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia. Se aplicará la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución de 18 de diciembre de 1990, que reconoce numerosos derechos a los trabajadores migratorios y sus familiares (arts 8 a 63).

El término familiares se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el ordenamiento aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación

aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate (art. 4).

Junto a los derechos sociales, se consagra el derecho a la propiedad privada, con expresa referencia al hogar. A tenor del artículo XXIII, toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

Se contemplan el derecho a la protección de la maternidad y la infancia, así como la existencia de deberes para con los hijos y los padres.

Según el artículo VII, toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección y cuidados especiales. El artículo XXX establece además que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten.

La protección contra la discriminación es importante en el ámbito de la familia. Esta protección se concreta en la igualdad de derechos entre los que la constituyen y los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. A diferencia de la Convención Americana (art. 17), no lo dice específicamente la Declaración Americana, pero la misma es contraria a cualquier tipo de discriminación, incluidas las que pueden producirse en la familia.

El derecho de toda persona a recibir protección para la familia, implica que el Estado y la sociedad no pueden permitir ningún tipo de discriminación, especialmente frente a la mujer, de tal manera que el hombre y la mujer han de tener los mismos derechos de acuerdo con la Ley, así como también han de tener los mismos derechos los hijos dentro y fuera del matrimonio. Con carácter general, como vimos, el artículo II de la Declaración Americana dispone que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. No cabe ningún tipo de discriminación y, por consiguiente, tampoco en el ámbito familiar. La expresión “ni otra alguna” despeja cualquier tipo de duda que pueda albergarse. El propio artículo XVII de la Declaración establece que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos fundamentales. No

obstante, algunos Estados iberoamericanos obligan a la mujer a adoptar el apellido del marido, una vez casada. El tema no está explícitamente regulado en la normativa interamericana, pero sí existe una norma en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, que indica que los Estados miembros asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellidos (art. 16.1 g).

El derecho a la constitución de la familia también se relaciona con la nacionalidad. El artículo XIX de la Declaración Americana precisa que toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgarla.

En relación con la nacionalidad de la mujer casada, el artículo 9.1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que los Estados Partes otorgarán a las mujeres casadas iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

En la Recomendación General nº 21 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, se afirma que una mujer adulta debería ser capaz de cambiar de nacionalidad y no debería privársele arbitrariamente de ella como consecuencia del matrimonio o la disolución de éste o del cambio de nacionalidad del marido o del padre (párr. 6).

En la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, la CIDH considera que constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana estipular en el artículo 14.4 de la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.

Un aspecto esencial del derecho a la protección de la familia es el relativo a su protección contra la violencia, aún por parte de los integrantes de la misma familia²⁴.

La Declaración Americana no se refiere específicamente a la protección de la familia frente a la violencia de género en el ámbito familiar, pero evidentemente la proscribire, ya que el artículo I dispone que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona.

De manera detallada la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belém Do Pará, de 9 de junio de 1994, tiene en cuenta que la eliminación de la violencia es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida. El artículo 6 dispone que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, protege a los niños contra la violencia, incluida la que pueda producirse en el ámbito familiar, al disponer el artículo 19.1 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En relación con la discriminación por discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada el 7 de junio de 1999, tiene por objetivo la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. II). Para lograr los objetivos de esta convención, los estados Parte se comprometen a adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para

²⁴ BADILLA, A.E., op *cit.*, p. 117.

eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. III.1).

La Convención de la Asamblea General de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad protege a las personas con discapacidad frente a toda discriminación en la familia. El artículo 23.1 (Respeto del hogar y de la familia) establece que los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que los demás.

El derecho a la protección de la familia por el Estado y la sociedad es reconocido por la CIDH en Opiniones Consultivas y en las Sentencias mencionadas.

En la Opinión Consultiva OC-17 /2002 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH declara que 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.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la CIDH se refiere a las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3.7 , 11.2 , 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Una interpretación del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre las parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. Esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención Americana (párr. 191).

La protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera surge del artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema de Protección de los Derechos Humanos y, en general, en

cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna clase de protección de la familia (párr. 194). La segunda vertiente de la protección de este tipo de modalidad familiar, remite al Derecho interno de los Estados en virtud del artículo 14 de la Convención (párr. 195).

La Corte estima que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a todos los derechos y obligaciones reconocidos en el Derecho interno de cada Estado que surgen de los derechos familiares de parejas heterosexuales (párr. 199).

La Corte se refiere a algunas de las medidas de orden legislativo, judicial y administrativo que han sido emprendidas para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo (párr. 200).

Esta Corte constató en el Caso Duque vs Colombia que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario (párr. 201).

Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención; por otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Estas obligaciones se configuran y deben manifestarse de diferentes formas, dependiendo del derecho del cual se trate. Es evidente, por ejemplo, que para asegurar la igualdad y no discriminación *de iure* y *de facto* no se requiere de los mismos actos por parte del Estado, que para asegurar el

ejercicio de la libertad de expresión. Aunado a ello, se encuentra la obligación general contenida en el artículo 2 que requiere a los Estados adecuar su Derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención (párr.202).

En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio - , de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo (párr. 218).

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna (párr. 228).

La CIDH se refiere a la protección de la familia en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Formerón e hija vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 y Duque vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016.

En el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de

manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas (párr. 169).

En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia (párr. 170).

En el Caso *Formerón vs Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, se señala que la Corte ya ha indicado que el derecho a la protección de la familia, reconocido en el artículo 17 de la convención Americana, conlleva, de manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar (párr. 116).

En el Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, se subraya que la Corte ya ha indicado que el derecho a la protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias serán extremas (párr. 145).

En el Caso *Duque vs Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, se plantea la existencia del derecho de la pensión de sobrevivencia cuando la pareja está conformada por personas del mismo sexo.

Esta cuestión se aborda por la Corte desde la perspectiva del derecho a la protección de la familia. Se hace referencia a la protección de las parejas del mismo sexo, afirmándose que está proscrita cualquier norma, acto o práctica de Derecho interno, sea por parte de las autoridades estatales o por particulares, que disminuyan o restrinjan los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (párr. 104).

Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad cuando las parejas son del mismo sexo. Se tiene en cuenta lo que ha declarado, al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General n° 19 (Derecho a la Seguridad Social), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General n° 20 (La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales), los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Identidad de Género , cuyo Principio 13 establece el derecho de toda persona a la Seguridad Social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación social o identidad de género) , el Comité de Derechos Humanos en la *Communication* n° 94/2000 UN y la normativa y jurisprudencia de algunos países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo (párrfs 108-123).

En el presente Caso, las autoridades administrativas y judiciales excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia porque en abril de 2002 las parejas del mismo sexo no tenían en Colombia el reconocimiento legal de la pensión de sobrevivencia, razón por la cual le fue negado ese derecho al señor Duque. No obstante, la Corte tiene en cuenta que el Estado no discute el carácter ilícito y contrario a la Convención Americana de las normas internas que en Colombia no permitían el reconocimiento y pago de las pensiones a parejas del mismo sexo. Pero considera que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no había sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria (párr. 137).

El Tribunal concluye que el Estado es responsable por violación del derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normativa interna colombiana (párr. 138).

Un aspecto fundamental de la familia es la filiación. La vía normal para asegurar la protección del menor tiene lugar a través de la familia. La finalidad esencial de la filiación es la de proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante la

minoría de edad. La patria potestad corresponde a quienes son considerados padres, de acuerdo con las reglas de la filiación²⁵.

Se observa que el derecho a la protección de la familia entraña el derecho que tienen los niños a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad, del Estado²⁶ e incluso de la Comunidad Internacional, como afirma la Declaración de Teherán (ap. 16).

La centralidad de la familia como derecho humano del niño es una de las reglas fuertes sobre los derechos del niño. El derecho a crecer en el ámbito de la propia familia constituye un derecho fundamental en consonancia con el respeto por la personalidad o persona de niños y adolescentes y la defensa del derecho a la identidad. A su vez, este expreso reconocimiento sobre el derecho a vivir en familia lleva ínsito el derecho a reclamar la cooperación por parte de quién o quiénes están en condiciones para cumplir (en este caso el Estado), para remover todas las dificultades – tanto personales, sociales como económicas – que obstaculizan la real efectividad del derecho de niños y adolescentes a crecer en la propia familia y, supletoria o subsidiariamente, en otra familiar. En el Caso *Formerón e hija vs Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 se reconoce este derecho del niño, como veremos.

La protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas. En la práctica, las medidas que se imponen para la protección a la familia y al niño son las mismas, tanto en lo relacionado con el apoyo material que el Estado está obligado a otorgar a las familias necesitadas como a los principios que deben respetarse en cuanto se brinda ese apoyo²⁷.

La protección de los hijos menores es reconocida por la Declaración Americana al disponer el artículo XXX que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad. En esta línea, la Convención Americana precisa en el artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. También establece la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo XXVII-2 que en asuntos relativos a la custodia, adopción,

²⁵ ROCA TRÍAS, E, *Familia y cambio social*, cit, pp. 203-205.

²⁶ BADILLA, A.E., *op cit.*, p. 117.

²⁷ BELOFF., *op cit.*, p. 410 y n. 96.

ruptura del vínculo familiar y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria.

En la citada Opinión Consultiva OC-17/ 2002 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH se refiere al deber de la familia, de la sociedad y del Estado de proteger al niño. En este sentido se mencionan el artículo 16 del Protocolo de San Salvador y los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU.

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia (párr. 65).

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 (párr. 77).

La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. No basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño (art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A efectos de esta Opinión Consultiva, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo el artículo 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales (párr. 87).

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño,

sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural (párr. 88).

Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela (párr. 89).

El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño (párr. 91).

En relación con los diversos tipos de familia que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo del niño, a los que se refiere el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación nº 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño protege al niño contra cualquier forma de discriminación a causa de la condición, las actividades expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de su familiares (art. 2.2) , incluyéndose evidentemente cualquier discriminación referente a la orientación sexual , especialmente con la pareja del mismo sexo.

La CIDH presta especial a la protección del niño en las Sentencias mencionadas, subrayando la importancia de la familia.

En el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, la CIDH se refiere a la prohibición de discriminación, que en casos que se relacionan con menores, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de su familiares (párr.150).

Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre (párr. 151).

La Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, relacionado en el artículo 17 de la Convención, según el cual 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 (Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 66). El Tribunal ha establecido que la separación de los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho (Opinión Consultiva OC-17/02, párrs 71 y 72), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas (Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 77).

En lo concerniente a los artículos 11. 2 y 17.1 de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además, está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia (párr. 170).

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar (párr. 171).

En el Caso *Formerón e hija vs Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, la CIDH afirma que el artículo 17 de la Convención Americana, conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección de la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (párr. 116).

Por otra parte, la Corte considera que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos

más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos (párr. 119).

En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor Formerón de cuidar y de no continuar separado de su hija. Ello a pesar de que el padre biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades y particularmente en los procesos de guarda y adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, a criterio de esta Corte, la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija (párr. 121).

Por otra parte, además de la separación entre padre e hija, formalizada a partir de la sentencia en la cual se otorgó la guarda judicial por un año al matrimonio B-Z y posteriormente en el proceso de adopción, no se dispusieron medidas para vincular al señor Formerón con su hija. Ello, a pesar de que en las decisiones judiciales de guarda y adopción se determinó esta posibilidad. En noviembre de 2001, el padre biológico inició un proceso judicial para establecer un régimen de visitas. Sin embargo, y sin perjuicio del acuerdo de las partes celebrado ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en mayo de 2011, no consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación entre padre e hija (párr. 122).

La Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El Tribunal ha reconocido el derecho de 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. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho de que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar (párr. 123).

Con base en los anterior, esta Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Formerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de dicho tratado respecto de esta última (párr. 124).

En relación con el deber establecido en el artículo 2 de adoptar los Estados Partes las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en esta Convención, la lectura conjunta del artículo 19 de la misma y del artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño , ratificada por Argentina el 4 de diciembre de 1990, que establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma, el texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para impedir toda venta de niños, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, la

obligación de prohibir penalmente la venta de niños y niñas, cualquiera que sea su forma y fin (párr. 139).

El Estado no investigó la alegada venta de M al matrimonio B-Z, dado que tal hecho no configuraba una infracción penal. Ello a pesar que para entonces existía la obligación del Estado de adoptar todas las medidas, entre otras penales, para impedir la venta de niños y niñas, cualquiera que sea su forma y fin. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de Derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 11 del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Formerón (párr. 144).

En el Caso Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, se contempla el tema de las desapariciones forzadas entre los años 1981 a 1983 de niñas y niños, por parte de diferentes cuerpos militares, en el operativo contrainsurgencia durante el conflicto armado en El Salvador.

La CIDH declara la responsabilidad internacional del Estado (El Salvador) por violación de los derechos a la protección de la familia, al nombre, a la identidad y a la protección de los niños, reconocidos en los artículos 17, 18 y 19 de la Convención Americana. Además, aclaró que al entender el fenómeno de la desaparición forzada como una grave vulneración a derechos humanos de las víctimas directas y sus familiares, el Estado reconoce que con estos hechos se vulneró además el derecho a la protección de la familia, no sólo de A J M R, C M R, G H C , J I C, S C C y J R R , sino también de su familiares (párr. 103).

IV. REFLEXIÓN FINAL

Todo lo expuesto pone de relieve que la Declaración Americana, en conexión con los diversos textos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la doctrina de la CIDH, tanto en Opiniones Consultivas como en Sentencias, muy documentadas y bien fundamentadas, es un instrumento esencial para hacer efectivo un derecho humano tan importante como el de constitución y protección de la familia , siendo la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad . La

Declaración Americana se adecua por su flexibilidad a la evolución de la familia en los países de la OEA, en línea con la doctrina de la CIDH.

BIBLIOGRAFÍA

- . BADILLA, A.E., *el derecho a constitución y la protección de la familia y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* , 22086 pdf
- . BELLOFF, “ Artículo 17. Protección de la familia”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* . Coords: Christian Steiner y Patricia Uribe. Supremo Corte de Justicia de la Nación /Konrad Adenauer Stiftung , México, 2014
- . BERTI GARCÍA, M. y NASAZZI RUANO,F., “ Análisis ético-jurídico del caso Formerón e hijas vs Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno”, *Revista Internacional de Derechos Humanos* , Mendoza (Argentina),2014,nº 4
- . DÍAZ BARRANCO, C.M., “ Balance y perspectivas de los derechos humanos en América”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* , nº 18, 2013
- . FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones* , Atellier, Barcelona, 2011
- . FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica* , Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2013
- . HARRIS, O’ BOYLE and WARBRICK, “ Articles 8 and 12”, *Law of the European Convention on Human Rights* , Oxford University Press, 2ª edition, 2009
- . O’ DONNELL, D., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª edición, 1989
- . QUISPE REMÓN, F., “ La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016
- . QUISPE REMÓN, F., “ La fecundación *in vitro* desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional* , vol. 65 , nº 2, 2013

- . SALES JORDI, M ., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva* , Bosch, Barcelona, 2009
- . SALVIOLI, F.O., *El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos* . Ref: www.derechoshumanos.unlp.edu.art/el-aporte-de-la-declaracion-americana
- . TRONCOSO ZUÑIGA, C. y MORALES CERDA, N ., “ Caso Duque con Colombia : Un caso de discriminación estructural”, *Anuario de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile , nº 13, 2017
- . VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea* , Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- . VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo* , t. II , Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004
- . VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* , t. III , Thomson-Civitas, 2013
- . ZUÑIGA URBINA, E., “ Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* . Año 10, nº 1 , 2012
- . ZUÑIGA URBINA, E., “ Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo niñas vs Chile , de 24 de febrero de 2012, *Revista de Derecho Político* , nº 85, 2012