

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Teresita de los Ángeles Angulo Pérez¹

Artículo Científico Recibido: 18 de marzo de 2015 **Aceptado:** 7 de mayo de 2015

RESUMEN: En este trabajo, Se expone la familia como la base y derivación de los derechos humanos. El presente estudio se forma en tres partes, la primera analiza el concepto de familia en sus generales y los tipos de modelos, la segunda la importancia del respeto a la vida privada de la familia y finalmente, se concluye con la separación injustificada del niño en la vida familiar.

ABSTRACT: In this work, the family is exposed as the basis and referral of human rights. This study is formed in three parts, first analyzing the concept of family in his generals and the types of models, the second the importance of respecting the privacy of the family and finally it concludes with the unjustified separation of the child in family life.

PALABRAS CLAVES: Familia, igualdad, privacidad, desintegración, interés superior del menor.

KEYWORDS: Family, equality, privacy, disintegration, Best interest of the child.

SUMARIO:

- I. Introducción**
- II. Familia: Núcleo y convivencia**
 1. Concepto de familia
- III. Vida privada de la familia**
 1. Concepto de vida privada
 2. Vida privada de la familia indígena
 3. Vida privada: Derecho a la Reproducción Humana
- IV. Derecho del Niño a la Familia**
 1. Derecho del Niño a la familia biológica
 2. Separación familiar temporal
- V. Conclusión**
- VI. Fuentes de información**

¹ Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, se elaboró percibiendo la evolución que ha tenido la familia en los últimos años. Debido a que en la actualidad, diversas situaciones han conllevado al surgimiento de más de un modelo de familia, incluyendo la familia conformada por parejas del mismo sexo, que ha creado incertidumbre en la sociedad respecto al daño o perjuicio, que ésta puede llegar a ocasionar en el menor, por lo cual se ha analizado el derecho humano a la protección de la familia y la importancia de prever el interés superior del niño, que ha logrado tener una gran trascendencia en la conformación del núcleo familiar.

Para abordar este tema, se han analizado los párrafos más relevantes de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, medidas provisionales y opiniones consultivas en que se ha tratado esta temática, así como consultas de legislaciones, libros, comentarios de juristas y críticos del derecho, con especial énfasis en sus pronunciamientos en torno al concepto de familia y los tipos o modelos que existen. De igual manera, se analizan los criterios respecto de la vida privada de la familia indígena, aludiendo a éste por ser reconocido como un grupo vulnerable con mayor posibilidad de violación a este derecho, y de suma importancia por sus arraigadas costumbres y tradiciones. Por consiguiente, es viable mencionar el derecho a la reproducción humana, teniendo trascendencia en el derecho a la familia y la vida privada, como se observará más adelante, la restricción al uso de las nuevas técnicas de reproducción humana son un obstáculo para el cumplimiento de estos derechos. Otro punto importante que se cita al final y que no podría excluirse es el derecho familiar del niño, visto desde dos vertientes, en primera el derecho de éste a su familia biológica y en segunda, la separación familiar justificada, tomando como punto referencial las circunstancias que deben prevalecer para llevar a cabo tal separación sin perjuicio al interés superior del menor.

II. FAMILIA: NÚCLEO, CONVIVENCIA

En el presente apartado se analiza a la Institución de la familia bajo sus tres vertientes: núcleo, convivencia y vida, lo cual se desprende de la Convención Americana de Derechos Humanos. Antes de adentrar a ello es imprescindible definir el concepto de familia en sus generalidades, así como, abordar,

sucintamente, el tema polémico de la evolución que este concepto ha ido forjando en el campo del derecho internacional, subrayando que al tenor de la interpretación de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² esta Institución se concibe como el elemento social y natural, constituida por el afecto, matrimonio o afiliación, sin existencia de un modelo específico, debido a la evolución que ha tenido dentro de la misma sociedad.

1) Concepto de familia

Se entiende que familia son todos aquellos grupos de personas emparentadas entre sí que viven juntas, o bien, un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.³ En el mismo sentido, el autor ALBERDI ha declarado que la familia está formada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la afiliación, que viven juntas, ponen sus recursos económicos en común y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana.⁴ De lo anterior, el autor pone de manifiesto las formas en que se constituye una familia y algunos de los fines que ésta tiene. Sin embargo, el Instituto de Política Familiar, ha mencionado:

Las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como el paro, las enfermedades, la vivienda, las drogodependencias o la marginalidad. La familia es considerada hoy como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica, es, ante todo, una comunidad de amor y de solidaridad.⁵

Con lo antes transcrito se visualiza que los problemas sociales, económicos y demográficos han conllevado a generar diversos modelos de familia, por

² Corte IDH. Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.

³ Diccionario de la Real Academia Española, edición 23, octubre 2014.

⁴ ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, p. 60.

⁵ El Instituto de Política Familiar (IPF), *Informe Evolución de la familia en Europa*, 2006.

ejemplo, para el autor GOUGH⁶ existen más de tres tipos de familia, entre ellos: familia nuclear, conformada por padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»; familia extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines; familia mono-parental, en la que el hijo o hijos vive(n) sólo con uno de los padres, y otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en la mismo espacio por un tiempo considerable.⁷

Apegado a esto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta en su artículo 16, 3 que la familia es un elemento natural y esencial para la sociedad, recayendo en el Estado quien debe proteger a dicha Institución.⁸

Dicha regulación la comprende en el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.1.⁹ En efecto, la familia es el elemento fundamental de la sociedad, que ha evolucionado respecto a su integración, sin existir un modelo específico, en su totalidad conformado por afecto, matrimonio o afiliación.

Derivado de lo articulado por la Convención como la Declaración respecto a la Institución en mérito, ambas normas internacionales no establecen algún tipo o tipos de familia, es decir, no distingue entre familias homoparentales o monoparentales, por mencionar algunos ejemplos. Sin embargo, a la luz del Principio "no se puede distinguir donde la ley no distingue", se debe entender que la norma internacional establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. Conclusión que la respalda la Corte IDH a través del Caso Atala Riffo, al determinar que, La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de familia de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio.¹⁰

⁶ GOUGH, Kathleen, *El padre biológico, según la terminología utilizada en Occidente fuera otro hombre*, GOUGH, 1974, p.18

⁷ *Ibidem*, p. 20

⁸ Declaración universal de los Derechos Humanos, Artículo 16.3.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", Artículo 17.

¹⁰ *Op. cit.*, nota 1, párrafo 172.

Por consiguiente, la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinada a un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, la Corte reitera que el concepto de vida familiar no está reducido al matrimonio sino que debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.¹¹

En este contexto, cabe señalar que la institución de la familia con el transcurrir de los tiempos se ha adecuado a la realidad social, por ejemplo, a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres. Apegado a este lineamiento argumentativo de los diferentes modelos de familia, no se puede omitir mencionar el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile que estudia el caso de una pareja homosexual en el cual es alegada la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Por su parte, la Corte señala que al existir una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de derechos humanos.¹²

Considerando esta sentencia, se desprende que la familia, no importando del tipo que se trate, está protegida por la legislación internacional, entendiéndose que se vive en una transformación en la cual existen las denominadas familias modernas y se dispone que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, y no en una familia excepcional, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia, es decir, referirse a un concepto aunado a la familia tradicional.

A su vez, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando:

¹¹ *ídem*.

¹² CADH, Art. 11.2, Art. 17.1.

*Principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.*¹³

Por lo tanto, las parejas homosexuales también tienen derecho a formar una familia, precisando que, dentro de los derechos humanos se encuentra el derecho a conformar una familia y siendo un derecho inherente a toda persona, sin excepción de sexo, le corresponde al estado prevalecer y salvaguardar este derecho para su cumplimiento. Criterio que afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ha sustentado que no existe un prototipo de familia que el derecho deba proteger, en todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares respecto a la familia, sin perjuicio del derecho esencial establecido en este instrumento internacional.¹⁴ Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, observa que:

El concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto.¹⁵

Lo sustentado deriva que la normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, por lo conducente, la legislación nacional no podría establecer distinciones, exclusiones o restricciones a este derecho que vendrían a constituir discriminaciones contrarias al estándar que establece la normativa.¹⁶

Sentada las bases anteriores, se concluye que la institución de la familia no es definida ni respaldada por el derecho internacional como un modelo específico, del cual los homosexuales no tengan derecho, más bien, precisa que debido a la evolución de la sociedad, en la actualidad al hablar de familia, no puede hacerse referencia a un solo modelo donde se excluya a la persona por su orientación sexual, ya que la misma legislación internacional prevé este derecho.

¹³ ONU, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 2008.

¹⁴ *Op. cit.*, nota 1, párrafo 177.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Caso de Ivan Somers v. Hungría, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996.

¹⁶ BADILLA, Ana Elena. *El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Porvenir, San José, 1996, p.21.

III. VIDA PRIVADA DE LA FAMILIA

Para estudiar el tema de vida privada familiar es necesario definir el concepto de privacidad, y por supuesto analizar el significado de injerencia arbitraria o abusiva.

1) Concepto de vida privada

Se entiende por privacidad el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.¹⁷ El autor QUISBERT ha mencionado que la vida privada es el comportamiento del individuo en su hogar o con respecto a personas de su trato íntimo; la facultad que la ley le reconoce a una persona para que su vida íntima sea respetada y que sus actos no sean objeto de observación a efectos de que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad.¹⁸ Se desprende que en la vida privada no hay cabida a intromisiones ni faltas de respeto, destacando que el autor al mencionar hogar y personas de trato íntimo se está refiriendo en primer término a la familia. Por lo tanto, la vida privada hace un enfoque a la familia, por ser a través de la cual se establece una relación más cercana e íntima. Apegado a esto, es preciso conocer que injerencia arbitraria o abusiva alude a la Intervención ilegal de una persona en asuntos ajenos o en cuestiones que no son de su incumbencia.¹⁹

2) Vida privada de la familia indígena

Por consiguiente, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11.2 manifiesta:

*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*²⁰

¹⁷ Op. cit., nota 2.

¹⁸ QUISBERT, Ermo, "Derecho La Intimidad O Vida Privada", Apuntes Jurídicos™, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/01/dvp.html>, consulta: Viernes, 17 Julio de 2015

¹⁹ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L. , <http://es.thefreedictionary.com/injerencia>

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", Artículo 17.

Dicha regulación la comprende en el mismo sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12.1.²¹ En efecto, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.

Por su parte, la Corte IDH constata que la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En este sentido, ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.²²

En este contexto, se apunta que la protección a la vida privada de la familia, es un derecho que corresponde a todo individuo y que la violación a éste no solo puede ser por parte de un tercero sino también por una autoridad pública. Es fundamental no permitir intromisiones abusivas, amenazas, invasiones en la vida privada de la persona porque en ocasiones es creíble que el agravio o daño solo es para ella, cuando resulta una afectación que incluye más de una persona y es cuando se hace referencia a la familia. Aunado a este lineamiento argumentativo de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de la familia no se puede excluir el Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala como consideración previa, se estima necesario señalar que el presente caso, se basa en que el señor Chitay Nech y sus familiares fueron objeto de diversos actos de hostigamientos y amenazas, por lo que tuvieron que huir desde San Martín Jilotepeque a la Ciudad de Guatemala, en este caso se estudia la alegada desaparición forzada del dirigente político indígena maya kaqchikel, Florencio Chitay Nech, ocurrida a partir del 1 de abril de 1981 en la Ciudad de Guatemala y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. Dicha desaparición fue ejecutada por

²¹ Declaración universal de los Derechos Humanos, Artículo 12.

²² Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02 y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador.

hombres armados que bajaron de un vehículo. El señor Chitay Nech opuso resistencia hasta que uno de los hombres encañonó a su hijo menor de edad, Estermerio Chitay Rodríguez (en adelante "Estermerio Chitay" o "Estermerio"), quien le acompañaba, por lo que dejó de resistirse y subió al vehículo. Según la demanda, ese mismo día fue interpuesta una denuncia ante la Policía Nacional, la cual no levantó acta alguna. El día 12 de octubre de 2004 fue interpuesto un recurso de exhibición personal, el cual fue declarado improcedente. Posteriormente, el 2 de marzo de 2009 la Directora Ejecutiva de la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) presentó ante el Ministerio Público una denuncia por la desaparición forzada del señor Chitay Nech. No obstante, según ha sido alegado, aún no han sido investigados los hechos ni juzgados y sancionados los responsables después de 29 años de acaecida la referida desaparición forzada, y todavía se desconoce su paradero.²³

Por su parte, la Corte señala en razón de las consideraciones previas y el allanamiento del Estado, que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por las constantes amenazas y persecuciones que sufrieron sus miembros, el desplazamiento de que fueron víctimas, el desarraigo de su comunidad, la fragmentación del núcleo familiar y la pérdida de la figura esencial del padre, a raíz de la desaparición de Florencio Chitay, lo cual se vio agravado en el contexto del caso, que subsistió hasta después del 9 de marzo de 1987, lo que constituye un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención, y por injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de la familia con el artículo 11.2 de la misma.²⁴

Considerando esta sentencia se desprende que la vida privada de la familia se encuentra protegida por la legislación internacional, entendiéndose que ese derecho no debe ser vulnerado por las acciones de cualquier persona o entidad. El derecho a la vida privada debe ser considerado como un derecho humano, ya que es inherente a la persona y no puede ser limitado por la ley, independientemente del sistema jurídico que prive en determinado lugar. Se dispone que el lenguaje utilizado por la Corte, relacionado con el señor Chitay Nech al ser extraído de su comunidad y grupo familiar, expone que se ha

²³ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

²⁴ *Idem*.

coartado su derecho a la familia y a la vida privada de esta, debido al grave impacto que se produjo como familia indígena maya, significando abandono de su comunidad y tradiciones. Adicionalmente la Corte considera que el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral. Asimismo perturbando su costumbre y mortificando a la familia a través de las constantes amenazas y persecuciones que sufrieron antes, durante y con posterioridad a la desaparición de Florencio Chitay.²⁵

A su vez, el pacto internacional de derechos civiles y políticos establece en su artículo 17:

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*²⁶

Por lo tanto, las familias especialmente las indígenas tienen el derecho a no ser afectados en su vida privada, que ni las autoridades públicas ni terceros, intervengan ilegalmente sin ningún sustento con agravios o amenazas, en asuntos que solo incumbe a los miembros de la familia criterio que afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pues ha sustentado que la familia es la unidad básica natural de las sociedades y debe ser respetada y protegida por el Estado. En consecuencia el Estado reconocerá y respetará las distintas formas indígenas de familia, matrimonio, nombre familiar y de filiación.²⁷ Asimismo una de las legislaciones nacionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, observa que:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por su parte, el artículo 16 constitucional se convierte también en fundamento del derecho que ahora se analiza, lo clasifica como un derecho correlativo de las personas, al señalar que nadie puede ser molestado en su persona y

²⁵ *Ídem.*

²⁶ PIDCYP Art. 17,1966.

²⁷ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relaciones y vínculos de familia, Art. XI, <http://www.cidh.org/Indigenas/Indigenas.sp.01/articulo.XI.htm>

familia, Lo anterior quiere decir que el derecho a la legalidad y a la seguridad jurídica de las personas, que prevé el dispositivo constitucional aludido, lleva implícito la protección del derecho a la vida privada de todos los miembros de la familia.²⁸

Por consiguiente, se deriva que la legislación internacional al brindar protección al derecho de la familia respecto a su vida privada de no ser molestado ni víctima de injerencias arbitrarias o abusivas, por lo conducente, le corresponde a la normatividad nacional acatarse a dichos preceptos, sin hacer exclusiones y restricciones al mismo y de ser posible adecuar su legislación anexando una disposición que exponga tal derecho, tal como lo expuesto con anterioridad, donde claramente se expone que debe existir respeto por la familia y no se permite molestia de ninguna índole sin estar justificada.²⁹

Se puede concluir, que tanto las legislaciones internacionales como nacionales reconocen el significado especial que tiene la vida privada de la familia en el contexto de la familia indígena, considerada como grupo vulnerable y 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. Si bien es cierto, cuando existen injerencias arbitrarias o abusivas dentro de un núcleo familiar indígena, también existe un mayor número de afectaciones en las costumbres y tradiciones, puesto que se consideran más arraigadas, llegando al grado que las vulneraciones imposibilitan a todos los miembros de gozar de un desarrollo familiar digno y viable como ellos lo estiman, ante esta situación se recalca la responsabilidad que tiene el Estado por ser el encargado de respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas, para que no existen injerencias arbitrarias y el derecho a la vida privada de la familia pueda ejercerse plenamente, sin sufrir vulneración ni obstrucción alguna, como bien lo establece la normatividad internacional.

3) Vida privada: Derecho a la reproducción humana

Por otra parte, se muestra el panorama en el cual el derecho a la vida privada de la familia tiene un papel importante cuando se trata de reproducción

²⁸ MIRÓN REYES, Jorge Antonio, Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información, biblioteca jurídica virtual, no.8.,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/8/art/art3.htm>

²⁹ BADILLA, Ana Elena. *El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Porvenir, San José, 1996, p.21.

humana asistida, ya que no solo repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación, sino en general, en los principios e instituciones del derecho de familia. Esta reproducción asistida también repercute en el derecho y en la realidad biológica.³⁰

A su vez, ESCOBAR ha mencionado que la reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre la pareja, siendo el hombre y la mujer en forma natural los autores de la reproducción humana. Sin embargo, en la actualidad, puede la reproducción humana no ser producto del acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por un personal especializado, denominándolos como técnicas de producción asistida.³¹

Aunado a lo anterior, ZEGERS declara que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida, son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo. Asimismo, menciona que existen distintas técnicas de Reproducción asistida entre ellas se encuentran: la fecundación in vitro (en adelante FIV), la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.³²

Cabe señalar que la técnica abordada en este bloque es la FIV, considerada por la doctora GARZA como un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio

³⁰ ESCOBAR FORNOS, Iván, *Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro)*, IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, biblioteca jurídica virtual, revista mexicana de derecho constitucional, Derechos Reservados, (C)2011, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

³¹ *Ibidem*.

³² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares*, Fondo. Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida.³³

Con lo antes mencionado, se observa que el proceso de la FIV es un proceso que tiene varias etapas, por ejemplo para ZEGERS son cinco las fases que se siguen durante esta técnica entre ellas: la inducción a la ovulación, aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios, inseminación de óvulos con espermatozoides, observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y transferencia embrionaria al útero materno.³⁴ Por lo tanto, la utilización de este proceso es una gran responsabilidad, derivado que todas las etapas mencionadas son fundamentales para que las parejas que optan por la FIV obtengan el fin previsto.

Por otro lado, el autor ESCOBAR ha declarado que la repercusión de este nuevo sistema de procreación es revolucionaria en el derecho de familia, y en la mayor parte de los países no encuentran regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de procreación.³⁵ En este contexto, no se puede hacer a un lado el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) Vs. Costa Rica que se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.³⁶

Por su parte, la Corte señala que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ ESCOBAR FORNOS, Iván, *Op. cit.*, nota 24.

³⁶ *Op. cit.*, nota 31.

se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Asimismo, ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.³⁷

Considerando lo anterior, se desprende que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV. Por el contrario, el caso se ha concentrado en el impacto generado por una interferencia desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados, y el impacto que tuvo dicha interferencia en la integridad psicológica. Se destaca que 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 las personas. El derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.³⁸

Finalmente, se concluye que las técnicas de reproducción asistida se ofrecen en el caso de las personas con problemas de fertilidad como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la legislación de Costa Rica, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la vida privada personal y familiar y a la libertad para fundar una familia, respaldados por la legislación internacional. Por lo cual, no se les debe impedir o coartar estos derechos a través de la prohibición de acceder a las nuevas tecnologías.

IV. DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA

³⁷ *Ibidem*, Párrafo 272.

³⁸ UNESCO, *Resumen de caso Artavia Murillo y Otros "fecundación in vitro" vs. costa rica*, CIDH, 2012, www.unesco.org.uy/.../fecundacion_in_vitro_Corte_interamericana.docx

En el siguiente apartado se analiza uno de los derechos del niño de mayor relevancia y es el derecho a la familia, derivado de la importancia que tiene el núcleo familiar en la vida del niño, lo cual se deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño. De igual manera, se observa la forma en que repercute la separación del niño de su entorno familiar.

1) Derecho del niño a la familia biológica

En primer lugar, la Convención Internacional de los Derechos del Niño da a todo menor de edad el derecho a una familia. El derecho a la familia permite relacionar a éste a una historia y sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos, por lo contrario alejado de su familia se convierte en víctima fácil de la violencia, la explotación, la trata, la discriminación u otro tipo de maltrato. Sin embargo, puede pasar que la familia que debería en principio proteger al menor le infrinja malos tratos.³⁹

A su vez, dada la importancia del derecho a la protección a la familia y las obligaciones relacionadas con este, la Corte ha destacado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. Aunado a lo anterior, ha indicado que la separación de los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación a su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.⁴⁰ Lo anterior se debe a que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Por otra parte, en virtud del artículo 16 de la Convención de Derechos del Niño, ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.⁴¹

³⁹ DAMBO, Ba, *familia y derechos del niño*, humanium, trad. De Julio César Ramírez Ramírez, 2015

⁴⁰ Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, Párrafo 187, Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, Párrafo 225.

⁴¹ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párrafo 157, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28

Por lo tanto, el menor tiene la obligación de vivir con sus padres, debido a que estos tienen un derecho y un deber de cuidado. La ley prevé, que éste no puede, sin permiso de sus padres, dejar la casa familiar y sólo puede ser retirado en caso de necesidad cuando lo determine la ley.⁴² Considerando lo anterior, la ley impone a los padres pero también a los terceros, a buscar las medidas necesarias para que el infante forme parte de una familia y así obtenga un buen desarrollo, también establece las circunstancias a través de las cuales se autoriza la separación del menor de su entorno familiar y manifiesta que cualquier decisión relativa a éste debe estar justificada por el interés superior del mismo. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que:

Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro.⁴³

De lo antes citado deriva, que el ambiente familiar es sumamente importante para el infante, que a pesar de las circunstancias, se puede encontrar la vía correcta para defender y proteger el derecho de éste y sea posible que permanezca en un núcleo familiar, donde encuentre bienestar y estabilidad. Sin embargo hay situaciones en las que se toma decisiones respecto al cuidado del niño, sin prever el daño que se le puede ocasionar en su desarrollo y protección a su derecho a la familia, tal como lo sucedido en el Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, el presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica. La niña fue entregada por su madre en guarda pre adoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un

de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 414 y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 145.

⁴² Convención de Derechos del Niño, Art. 9.1

⁴³ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños y niñas, San José, Costa Rica, corteidh@cortheidh.or.cr

régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años. La Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre.⁴⁴

Por su parte, la Corte considera, tal como fue indicado por el perito García Méndez⁴⁵ en la audiencia pública del presente caso, 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.

Se desprende de esta sentencia, que el derecho del niño a una familia se encuentra protegido por la legislación internacional, por lo conducente la separación del señor Fornerón con su hija, provocó una violación al derecho a la familia. Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo, cuando en la realidad se demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, no hay ninguna ley que indique que la familia monoparental no pueda brindar cuidado, sustento y cariño a un niño y que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo del niño.⁴⁶ Por lo

⁴⁴ Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

⁴⁵ Cfr. Dictamen del perito García Méndez rendido en audiencia pública. La Corte en adelante se refiere a la niña como M y al matrimonio adoptante como B-Z con el fin de proteger la identidad de aquella.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, Párrafo 109, Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párr. 70, y Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 92, Cfr. Opinión

tanto, la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial, y posteriormente una adopción, en oposición a la voluntad del padre biológico y sin constatar los demás requisitos legales, basándose en un modelo tradicional de familia constituyó una restricción ilegítima del derecho de familia del señor Fornerón y de su hija. Dicha decisión, sin haber asegurado debidamente el acceso del padre a la niña, no solo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo de que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña.

Por consiguiente, 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 Fornerón 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 ante dicho funcionario en los procesos de guarda y de adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, 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. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de la niña se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años la menor 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 la niña de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó su derecho a la protección familiar.

Se puede concluir que, el niño tiene derecho a 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. Debido a que, el niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de

Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párr. 69, y, en similar sentido, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 50, párr. 142.

seguridad moral y material. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar a los niños y asegurar la convivencia con su familia.⁴⁷

2) Separación familiar temporal

Por otra parte, se precisa que la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño está íntimamente relacionada. En la práctica, las medidas que se imponen para la protección a la familia y al niño son las mismas, cuanto a los principios que deben respetarse para el cumplimiento de un bienestar y desarrollo de estos, ya sea al decidir la separación del niño de su familia o en otros aspectos específicos relacionados con los derechos del niño.

En este contexto, es importante determinar cuáles medidas de protección, especiales y diferenciadas, le corresponde al Estado adoptar de conformidad con sus obligaciones bajo el artículo 19 de la Convención, en atención particular de la persona titular de derechos y del interés superior del niño. Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus juris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, 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.⁴⁸ En este contexto de conflictos armados no internacionales, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, el cual dispone que:

Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas.⁴⁹

⁴⁷ Declaración de los Derechos del Niño, principio 6, A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

⁴⁸ Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

⁴⁹ *Idem.*

Con lo antes transcrito se visualiza, que le corresponde al Estado establecer las medidas y las condiciones para que el menor tenga un buen desarrollo y no se le obstruya su derecho a la familia, y en los casos de separación temporal no exista una limitación definitiva para la convivencia. Asimismo, dicha separación debe estar justificada como lo establece, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. [...]*
2. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*⁵⁰

Aunado a lo anterior, se confirma que el niño no puede ser separado de su familia si no existe una justificación y se debe prever el interés superior de éste, por lo tanto no se debe permitir que ni instituciones públicas o un tercero, pasen por encima de este derecho y al hacerlo le corresponde al Estado la responsabilidad por no establecer las medidas necesarias para su protección, derivado de esto, no se pueden omitir mencionar el Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, que se relaciona con las alegadas desapariciones forzadas ocurridas entre los años 1981 y 1983 de los entonces niñas y niños Gregoria Herminia, Serapio Cristian y Julia Inés Contreras, Ana Julia y Carmelina Mejía Ramírez y José Rubén Rivera Rivera, por parte de miembros de diferentes cuerpos militares, en el contexto de operativos de contrainsurgencia durante el conflicto armado ocurrido en El Salvador, habiéndose establecido únicamente el paradero de Gregoria Herminia Contreras en el año 2006, quien se encuentra en proceso de reconstrucción de su identidad y relación con su familia biológica. Según indicó la Comisión, las circunstancias que rodearon las seis alegadas desapariciones aún no habrían sido esclarecidas, los

⁵⁰ Convención sobre los derechos del niño, artículo 9.

responsables no habrían sido identificados ni sancionados y, en suma, pasados casi 30 años, los hechos permanecerían en impunidad.⁵¹

Por su parte la Corte señala, que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple que inicia con una privación de libertad, cualquiera que fuere su forma, contraria al artículo 7 de la Convención Americana. Asimismo, constató que agentes estatales sustrajeron y retuvieron ilegalmente a los niños y niñas, separándolos y removiéndolos de la esfera de custodia de sus padres o familiares, lo cual implicó una afectación a su derecho a la familia, en el más amplio sentido del artículo 17 y 19 de la Convención Americana.⁵² Así, la Corte precisó que en tanto el Estado realizó injerencias sobre su vida privada y familiar y faltó a sus deberes de respeto y garantía sobre aspectos íntimos de la personalidad como el derecho al nombre así como factores que abarcan su interrelación con otros el derecho a la familia, el Estado violó los artículos 11.2, 17, 18 y 19 de la Convención Americana. Además, la Corte resaltó la especial gravedad de esta violación por el hecho de realizarse en contra de menores.⁵³

Respecto a la situación de Gregoria Herminia Contreras se generó una afectación en el disfrute de la convivencia entre los miembros de su familia. Al respecto, la Corte recuerda, tal como lo ha hecho en otros casos, que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Además, la Corte ha reiterado que la protección a la familia, consagrada en el artículo 17 de la Convención, implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, siendo que una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de la misma. En este sentido, se considera que la referida separación familiar vulneró particularmente los derechos del niño de Gregoria Herminia Contreras, a vivir con su familia, y consecuentemente ver satisfechas sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.⁵⁴

Considerando esta sentencia se desprende que, correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de los niños y niñas,⁵⁵ quienes se encuentran en una situación de mayor

⁵¹ *Op. cit.*, nota 47.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, párr. 117.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 312.

⁵⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño estipula, en su artículo 38: De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados,

vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Por el contrario, en el presente caso los agentes estatales actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar la desaparición forzada de los niños y niñas, a través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados como subversivos o guerrilleros, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno. En consecuencia, existieron injerencias sobre la vida familiar que no sólo tuvieron un impacto sobre Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera al ser sustraídos y retenidos ilegalmente vulnerando su derecho a permanecer con su núcleo familiar y establecer relaciones con otras personas que formen parte del mismo, sino que también generaron y continúan generando afectaciones específicas en cada uno de los integrantes de las familias, así como en las dinámicas propias de cada una de las familias.

A su vez, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha definido esta obligación como:

Las partes en conflicto deben hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso.⁵⁶

Por lo tanto, es un deber del Estado, no solo reunir a las familias que han sido separadas de su núcleo familiar, sino encontrar la manera de reconstruir la vida familiar de las víctimas, puesto que al estar separados de su entorno familiar por muchos años siendo menores de edad afecta su desarrollo en general.

Lo sustentado deriva, que es importante restablecer los lazos familiares debido a que la familia proporciona el ambiente para gran parte del progreso que se experimenta en la vida. Asimismo, es en la familia donde se ama, presta servicio, enseña y aprende, los unos de los otros. Compartiendo las alegrías y los pesares. Los lazos familiares pueden representar desafíos difíciles, pero también brindan fortaleza y algunas de las mayores alegrías.

los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

⁵⁶ *Op. cit.*, nota 39, párrafo 191.

Sentadas las bases anteriores se concluye que las medidas de protección de la familia son obligación del Estado, respaldadas por la legislación internacional, y en casos de separación familiar injustificada existe prioridad al tratarse del niño, pues repercuten de una manera más amplia en los lazos familiares considerando estos como el primer grupo al que pertenece una persona al nacer, y que siguen siendo fundamentales a lo largo de toda la vida.

V. CONCLUSIÓN

En la actualidad, con tantas formas de familia diferentes, es casi imposible distinguir claramente entre la forma correcta e incorrecta de organizar una familia. En muchos países, el concepto de la familia y su composición ha cambiado considerablemente en los últimos años. La institución de la familia no se encuentra definida ni respaldada por el derecho internacional como un modelo específico o tradicional, debido a los avances de los derechos humanos y de los cambios que ha sufrido la sociedad. Un modelo que no puede omitirse es el conformado por parejas del mismo sexo, donde se ha establecido que los homosexuales tienen derecho a formar una familia y no se puede excluir a la persona por su orientación sexual, ya que la misma legislación internacional prevé este derecho. De igual manera, la ley reconoce el significado especial que tiene la vida privada de la familia en el contexto de la familia indígena, considerada por sus hechos históricos como un grupo vulnerable y 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, por eso es sumamente importante brindarle protección a estas familias porque, al existir injerencias arbitrarias o abusivas, se establece un mayor número de afectaciones en las costumbres y tradiciones, llegando al grado que las vulneraciones imposibilitan a todos los miembros de gozar de un desarrollo familiar digno y viable como ellos lo estiman.

La familia es la base de la sociedad, toda persona tiene derecho a formar parte de ella, por lo cual, las técnicas de reproducción asistida tienen un gran papel en la actualidad, sobre todo en las personas con problemas de fertilidad pues es un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, a la vida privada personal y familiar y a la libertad para fundar una familia, respaldados por la legislación internacional. Por lo cual, no se les debe impedir o coartar estos derechos a través de la prohibición de acceder a las nuevas tecnologías. Asimismo, la separación familiar debe ser justificada, excepcional y preferentemente, temporal, puesto que el infante tiene derecho a permanecer en su núcleo familiar, y debe existir ante tal circunstancia prioridad al interés superior del niño, pues dicha separación repercute de una manera más amplia en él, por ser el receptor directo de los lazos familiares, que siguen siendo fundamentales a lo

largo de toda la vida. La protección que el Estado debe brindar a la familia es primordial, por ser el encargado de respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas, ya que el objetivo es evitar las injerencias arbitrarias y la obstrucción a la vida privada, contra las familias homosexuales, indígenas, los niños y en el uso de técnicas de reproducción como lo establece la normatividad internacional.

VI. REFERENCIAS

➤ BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, I.: La nueva familia española, Taurus, Madrid, 1999, p. 60.
- BADILLA, Ana Elena. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Porvenir, San José, 1996, p.21.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Caso de Ivan Somers v. Hungría, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños y niñas, San José, Costa Rica, corteidh@cortheidh.or.cr
- DAMBO, Ba, familia y derechos del niño, humanium, trad. De Julio César Ramírez Ramírez, 2015
- Diccionario de la Real Academia Española, edición 23, octubre 2014.
- Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L. , <http://es.thefreedictionary.com/injerencia>
- IPF, (El Instituto de Política Familiar), Informe Evolución de la familia en Europa, 2006.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro), IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, biblioteca jurídica virtual, revista mexicana de derecho constitucional, Derechos Reservados, (C)2011, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>
- GOUGH, Kathleen, El padre biológico, según la terminología utilizada en Occidente fuera otro hombre, GOUGH, 1974, p.18

- MIRÓN REYES, Jorge Antonio, Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información, biblioteca jurídica virtual, no.8.,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/8/art/art3.htm>
- OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relaciones y vínculos de familia, Art. XI,
<http://www.cidh.org/Indigenas/Indigenas.sp.01/articulo.XI.htm>
- ONU, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 2008.
- QUISBERT, Ermo, "Derecho La Intimidad O Vida Privada", Apuntes Jurídicos™, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/01/dvp.html>, consulta: viernes, 17 Julio de 2015
- UNESCO, Resumen de caso Artavia Murillo y Otros "fecundación in vitro" vs. Costa rica, CIDH, 2012,
www.unesco.org.uy/.../fecundacion_in_vitro_Corte_interamericana.docx

➤ **LEGISLACIÓN**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", Artículo 11, 17 y 19.
- Convención de Derechos del Niño, Art. 9.1
- Declaración de los Derechos del Niño, principio 6, A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).
- Declaración universal de los Derechos Humanos, Artículo 12, 16.3.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 17, 1966

➤ **SENTENCIAS**

- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257,
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239,
- Caso ChitayNech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212,
- Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232,

- Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282,
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242,
- Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253,
- Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211,
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250,
- Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248,