

Boletín electrónico de

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Núm. 12

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

.....

Sistema Europeo de Derechos Humanos

.....

Sistema Universal de Derechos Humanos (Comités ONU)

ÍNDICE

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

• <i>Aloeboetoe y otros Vs. Surinam</i>	6
• <i>Reggiardo Tolosa. Medidas provisionales respecto Argentina</i>	8
• <i>Opinión Consultiva OC-17/2002 – Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño</i>	10
• <i>Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana</i>	13
• <i>Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala</i>	16
• <i>Chitay Nech y otros Vs. Guatemala</i>	18
• <i>Gelman Vs. Uruguay</i>	21
• <i>Contreras y otros Vs. El Salvador</i>	24
• <i>Atala Riffo y niñas Vs. Chile</i>	27
• <i>Forneron e hijas Vs. Argentina</i>	30
• <i>Furlan y familiares Vs. Argentina</i>	34
• <i>Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica</i>	36
• <i>Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) Vs. Chile</i>	40
• <i>Opinión Consultiva 21/14</i>	42
• <i>Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana</i>	46
• <i>Jessica Lenahan (Gonzales) y otros. Estados Unidos</i>	51

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

• <i>Marckx v. Belgium</i>	55
• <i>F. v. Switzerland</i>	59
• <i>Hoffmann v. Austria</i>	61
• <i>Keegan v. Ireland</i>	64
• <i>Kroon and others v. The Netherlands</i>	67
• <i>E. and Others v. The United Kingdom</i>	69
• <i>Kutzner v. Germany</i>	71
• <i>Mikulić v. Croatia</i>	74
• <i>Wallová et Walla c. République Tchèque</i>	77
• <i>Evans v. The United Kingdom</i>	79
• <i>Phinikaridou v. Cyprus</i>	81
• <i>Saviny v. Ukraine</i>	84
• <i>Negrepontis-Giannisis c. Grèce</i>	86
• <i>K.A.B. c. Espagne</i>	88
• <i>Godelli v. Italia</i>	91
• <i>Costa y Pavan v. Italia</i>	93
• <i>B. v. Romania</i>	95
• <i>Zhou c. Italie</i>	98
• <i>Labassee c. France</i>	100
• <i>Tuquabotekle and Others v. The Netherlands</i>	103

Sistema Universal de protección de Derechos Humanos

• <i>CDH – F. H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands</i>	106
• <i>CDH – Mónaco de Gallicchio v. Argentina</i>	108
• <i>CAT – A. S. v. Sweden</i>	111
• <i>CEDAW – A. S. v. Hungary</i>	113
• <i>CDH – E. B. v. New Zealand</i>	115
• <i>CEDAW – L. C. v. Perú</i>	117
• <i>CEDAW – Jallow v. Bulgary</i>	119
• <i>CDH – Ilyasov v. Kazakhstan</i>	122
• <i>CDH – Observación General No. 19</i>	124
• <i>CDH – Observación General No. 28</i>	126
• <i>CEDAW – Recomendación General No.21</i>	127
• <i>CRC – Observación General No. 14</i>	136

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE FAMILIA



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Aloeboetoe y otros Vs. Surinam

Fecha de sentencia	10 de septiembre de 1993
Estado parte	Surinam
Voces	Estructura familiar en comunidad indígena. Derecho consuetudinario indígena. Falta de registro de estado civil, filiación e identidad.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam . Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Reparaciones y costas.

Hechos:

El 31 de diciembre de 1987, en Atjoni, más de 20 cimarrones (maroons/bushnegroes), varones inermes fueron gravemente golpeados por militares de Surinam, quienes sospechaban que aquellos eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva. Las víctimas se trasladaban desde Paramaribo rumbo a su aldea, para lo cual tenían que pasar por Atjoni.

Luego de estos hechos, los militares permitieron que algunos de los cimarrones prosiguieran su viaje, pero siete personas, entre ellas un menor de 15 años de edad, fueron arrastradas con los ojos vendados al interior de un vehículo militar y llevadas por el camino de Tjongalangapassi rumbo a Paramaribo. A la altura del kilómetro 30, el vehículo se detuvo y los militares ordenaron a las víctimas que salieran de él, se les dio una pala y a poca distancia del camino se les ordenó que comenzaran a excavar. Uno de ellos trató de escapar y dispararon contra él. Poco tiempo después los otros seis cimarrones fueron asesinados.

Examen y decisión:

“Respecto de las personas que tendrían derecho a una indemnización material, la Comisión explica que es preciso tomar en consideración la estructura familiar de los maroons a la cual pertenecen los saramacas, tribu de las víctimas, y que es esencialmente matriarcal, en la cual es frecuente la poligamia. En Suriname los matrimonios deben registrarse para ser reconocidos por el Estado, pero por la escasez de oficinas de registro civil en el interior del país generalmente no lo son, lo cual, a criterio de la Comisión, no debería afectar el derecho a indemnización de los parientes o cónyuges de matrimonios no registrados. Se alega que el cuidado de los miembros de la familia está a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna, lo que debería tenerse en cuenta para determinar a qué familiares indemnizar. Los perjuicios personales directos de carácter pecuniario que dan derecho a obtener indemnización se deberían medir principalmente por el grado de dependencia financiera que existió entre el reclamante y el difunto. La nómina de las partes perjudicadas con derecho a ser indemnizadas fue parcialmente confeccionada por la Comisión con base en declaraciones juradas de parientes de las víctimas.” (Párr. 17)

“Sostiene la Comisión que los saramacas también habrían sufrido perjuicios morales directos y deberían ser indemnizados. Lo explica en los términos siguientes: En la sociedad Maroon tradicional, una persona no es sólo miembro de su grupo familiar, sino también miembro de su comunidad aldeana y del grupo tribal. En este caso, el perjuicio experimentado por los aldeanos debido a la pérdida de miembros de su grupo debe ser indemnizado. Como los aldeanos constituyen en la práctica una familia en sentido amplio, [...] han sufrido perjuicios emocionales directos como resultado de las violaciones de la Convención.” **(Párr. 19)**

“[...] La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca [...]” **(Párr. 58)**

“[...] Es cierto que la identidad de las personas debe probarse, en general, mediante la documentación correspondiente. Pero la situación en que se encuentran los saramacas se debe en gran medida a que el Estado no mantiene en la región los registros civiles en número suficiente y por ello no puede otorgar la documentación a todos los habitantes con base en los datos obrantes en ellos. Suriname no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Suriname no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores [...]” **(Párr. 64)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Reggiardo Tolosa. Medidas provisionales respecto Argentina.

Fecha de sentencia	19 de enero de 1994
Estado parte	Argentina
Voces	Apropiación de menores. Protección de integridad psíquica. Cese de guarda provisoria. Contacto con familia legítima.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Reggiardo Tolosa. Medidas provisionales respecto Argentina. Sentencia del 19 de enero de 1994. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

Gonzalo Xavier y Matías Angel nacieron en abril de 1977 durante el cautiverio de su madre y fueron inmediatamente apropiados y luego inscritos como hijos de Samuel Miara, ex sub-comisario de la Policía Federal Argentina y de su esposa Beatriz Alicia Castillo. Ambos son hijos del matrimonio desaparecido integrado por Juan Enrique Reggiardo y María Rosa Ana Tolosa.

A los once años de edad los niños se enteraron de que los esposos Miara no eran sus padres biológicos. En 1985 fueron llevados a Paraguay donde vivieron hasta 1989, año en que fueron llevados de regreso a la Argentina y colocados en una familia sustituta temporalmente hasta la obtención de los resultados de los exámenes inmunogenéticos.

Examen y decisión:

“La Presidenta de la Corte (en adelante “la Presidenta”) en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 24.4 del Reglamento de la Corte dictó una resolución fechada 19 de noviembre de 1993 cuya parte resolutive dice así: 1. Requerir al Gobierno de la República Argentina a que adopte sin dilación cuantas medidas sean necesarias para proteger la integridad psíquica de los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel Reggiardo Tolosa y evitarles daños irreparables, en estricto cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída en virtud del artículo 1.1 de la Convención, con el propósito de que las medidas provisionales que después la Corte pudiera tomar en su próximo período ordinario de sesiones, que se celebrará del 10 al 21 de enero de 1994, tengan los efectos pertinentes [...]” (Párr. 3.1)

“El Gobierno, por su parte, dirigió una nota a la Presidenta el 20 de diciembre de 1993 en relación con la resolución transcrita. En ella afirma que [...] ya existe fallo del Poder Judicial sobre el tema [...] la sentencia ordena ‘hacer cesar la guarda provisoria de los menores...’, ‘poniendo dicha situación en cabeza de una familia

sustituta' y 'estableciendo el tratar de lograr un acercamiento de los menores con su familia de origen'. [...] Cabe agregar que en la fecha, la Dirección General de Derechos Humanos y de la Mujer de la Cancillería Argentina, informó a esta Representación que los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel Reggiardo Tolosa actualmente están con miembros de su familia legítima, sus tíos Tolosa". **(Párr. 4)**

"Por carta de la Comisión de fecha 14 de enero de 1994, la Corte fue informada de lo siguiente: que la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entró en contacto con los peticionarios en el caso No. 10.959 de los menores Reggiardo Tolosa ante la Comisión, quienes dieron a conocer que, en su opinión, el Gobierno de Argentina ha cumplido con las medidas provisionales solicitadas a la Corte Interamericana por la Comisión." **(Párr. 5)**

"Dado el cumplimiento por parte del Gobierno de la República Argentina de la resolución de la Presidenta de 19 de noviembre de 1993, no procede tomar las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos." **(Punto resolutivo 1)**



OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-17/2002 – Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

Fecha de OC	28 de agosto de 2002
Voces	Interés superior del niño. Desarrollo del niño. Cuidados especiales. Medidas especiales de protección. Obligación estatal, comunitaria y familiar. No separación entre niño pequeño y madre. Derecho a la educación gratuita y obligatoria. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. Libre planeamiento familiar. Concepto amplio de familia. Protección contra injerencias arbitrarias. Protección de convivencia entre padres e hijos. No separación por carencia de recursos. Separación como medida excepcional y temporal. Instituciones de alojamiento.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Opinión Consultiva OC- 17/2002 . Opinión del 28 de agosto de 2002.

Hechos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

La consulta tiene como antecedente que en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.

Entre los diversos aspectos incluidos en la consulta la Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie sobre la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.

Examen y decisión:

“Capítulo VII-Interés Superior del Niño. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano [hay nota], en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.” **(Párr. 56)**

“En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño [hay nota] establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.” **(Párr. 60)**

“La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta que todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.” **(Párr. 62)**

“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)**

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, ‘el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’, con derecho a ‘la protección de la sociedad y el Estado’, 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 Derechos Civiles y Políticos⁶⁵ y 17.1 de la Convención Americana.” **(Párr. 66)**

“El artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, estableció: La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.” **(Párr. 68)**

“[...] La Corte Europea de Derechos Humanos 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 [hay nota]’” **(Párr. 69)**

“La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano [hay nota].” **(Párr. 70)**

“El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. 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 del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [hay nota], V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre [hay nota], 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [hay nota], 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [hay nota] y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos [hay nota]. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.” **(Párr. 71)**

“La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia [hay nota]; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada [hay nota]. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención [hay nota]. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.” **(Párr. 72)**

“Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño [hay nota] [...]” **(Párr. 73)**

“[...] Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres [hay nota]. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor [hay nota]. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia).” **(Párr. 74)**

“La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.” **(Párr. 76)**

“En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.” **(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. En fin, 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 [...]” **(Párr. 78)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana

Fecha de sentencia	8 de septiembre de 2005
Estado parte	República Dominicana
Voces	Discriminación. Interés superior del niño. Medidas especiales de protección. Discriminación. Apátrida. Vulnerabilidad. Derecho al nombre. Integridad personal.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana . Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

Las niñas Yean y Bosico nacieron en 1996 y 1985, respectivamente, en la República Dominicana. Ambas niñas tienen ascendencia haitiana por parte de su padre y de su abuelo materno. En razón de su ascendencia haitiana forman parte de un grupo social vulnerable en la República Dominicana. Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas debido al temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital y ser deportados. El Estado ha efectuado deportaciones independientemente del estatus migratorio de esas personas en el país.

El Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República establece el principio de *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. La solicitud de inscripción tardía de nacimiento fue denegada con fundamento en el incumplimiento de la presentación de once o doce requisitos, los cuales no eran exigibles a los niños menores de 13 años de edad, y que fueron aplicados a las niñas, pese a que al momento de la solicitud Yean tenía 10 meses de edad y Bosico tenía 12 años de edad.

Las peticionarias permanecieron en una situación de continua ilegalidad y resultaron apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001, lo cual imposibilitó a la niña Bosico asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad.

Examen y decisión:

“La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento

discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos [hay nota].” **(Párr. 166)**

“En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.” **(Párr. 167)**

“En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad.” **(Párr. 171)**

“Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad que perduró hasta el 25 de septiembre de 2001, es decir, después de la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por la República Dominicana.” **(Párr. 172)**

“La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).” **(Párr. 173)**

“La situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre.” **(Párr. 175)**

“Una persona apátrida, ex definitione, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica.” **(Párr. 178)**

“La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.” **(Párr. 179)**

“Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales [hay nota].” **(Párr. 182)**

“Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.” **(Párr. 183)**

“Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente

el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana.” **(Párr. 184)**

“En lo que se refiere a los familiares de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, la Corte, con base en la Convención Americana y a la luz del referido principio *iura novit curia*, considera que a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi, madres de las niñas, y a la señora Teresa Tucent Mena, hermana de la niña Violeta, les causó incertidumbre e inseguridad la situación de vulnerabilidad que el Estado impuso a las niñas Yean y Bosico, por el temor fundado de que fueran expulsadas de la República Dominicana, de la cual eran nacionales, en razón de la falta de las actas de nacimiento, y a las diversas dificultades que enfrentaron para obtenerlas.” **(Párr. 205)**

“De lo expuesto anteriormente, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena.” **(Párr. 206)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala

Fecha de sentencia	24 de noviembre de 2009
Estado parte	Guatemala
Voces	Interés superior del niño. Medidas especiales de protección. Obligación estatal, comunitaria y familiar. Protección contra injerencias arbitrarias. Protección de convivencia entre padres e hijos. Derecho al nombre.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala . Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

El día 7 de diciembre de 1982, soldados guatemaltecos pertenecientes al grupo especial denominado Kaibiles llegaron al Parcelamiento de Las Dos Erres y sacaron a las personas de sus casas, argumentando la presencia de las Fuerzas Armadas Rebeldes en la zona e incluso la participación de pobladores de las Dos Erres en el grupo guerrillero. A los hombres los encerraron en la escuela del Parcelamiento y a las mujeres y niños en la iglesia evangélica. Mientras los mantuvieron encerrados los golpearon e incluso algunos murieron como consecuencia de los golpes. En la tarde los Kaibiles sacaron a los hombres de la escuela y los llevaron vendados y maniatados a un pozo de agua inconcluso donde los fusilaron. Después sacaron a las mujeres y los niños para llevarlos al mismo lugar, muchas mujeres habrían sido violadas y golpeadas hasta el punto de sufrir abortos. En el camino muchas niñas fueron violadas por los Kaibiles. En los hechos de la masacre perdieron la vida por lo menos 216 personas.

Adicionalmente, en el contexto de la masacre uno de los Kaibiles que participó en ella, sustrajo ilegalmente a un niño sobreviviente, Ramiro Osorio Cristales, se lo llevó a su casa, y lo registró con un nombre distinto al que le dieron sus padres. Recién en el año 1999, el niño se reencontró con su familia biológica, mientras que el cambio de nombre se mantuvo hasta el año 2002, cuando recuperó el nombre que sus padres le dieron en su nacimiento.

Examen y decisión:

“En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe

ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona [hay nota]. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad [hay nota]. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.” (Párr. 184)

“En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana [hay nota].” (Párr. 187)

“Además, este Tribunal ha señalado que ‘el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. 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 del niño [...]’ [hay nota].” (Párr. 188)

“Lo mismo se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece 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 sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.” (Párr. 190)

“En cuanto al derecho al nombre, la Corte hace notar que ha establecido en su jurisprudencia que ‘el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona’ [hay nota]. En este sentido, el Tribunal ha señalado que ‘los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia’ [hay nota].” (Párr. 192)

“La Corte considera que el Estado tenía la obligación de adoptar todas aquellas medidas positivas que fueran necesarias para garantizar que Ramiro Osorio Cristales pudiera ejercer y disfrutar plenamente de su derecho a vivir con su familia biológica, así como de su derecho al nombre que le dieron sus padres [...]” (Párr. 199)

“Consecuentemente, este Tribunal encuentra que la falta absoluta de acción estatal después del 9 de marzo de 1987 y hasta 1999, a fin de reunificar a Ramiro Osorio Cristales con su familia biológica y restablecer su nombre y apellidos constituye una violación de su derecho a la familia y al nombre, reconocidos en los artículos 17 y 18 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma.” (Párr. 200)

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002](#) (Sentencia del 28 de agosto de 2002) y en el [Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana](#) (Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Fondo, reparaciones y costas), también tratado en este Boletín.



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Chitay Nech y otros Vs. Guatemala

Fecha de sentencia	25 de mayo de 2010
Estado parte	Guatemala
Voces	Familia en comunidad indígena. Identidad cultural. Derecho a la familia. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. Protección de convivencia entre padres e hijos. Protección contra injerencias arbitrarias. Desaparición de padre. Desplazamiento. Pérdida cultural. Interés superior del niño. Medidas especiales de protección. Derechos del niño indígena.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala . Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

El señor Chitay Nech, indígena maya kaqchikel, estaba casado con Marta Rodríguez Quex, con quien tuvo cinco hijos, quienes residían en San Martín Jilotepeque, Departamento de Chimaltenango, Guatemala.

En el año 1973 se unió a movimientos campesinos de la región e inició su participación política afiliándose al partido Democracia Cristiana. En el año 1977 el partido Democracia Cristiana presentó al señor Chitay Nech como candidato a Concejal en la contienda electoral municipal de San Martín Jilotepeque y resultó electo.

Desde junio de 1980 recibió diversas notas anónimas en donde le invitaban a desatender todas las actividades que realizaba, y tuvieron lugar diversos atentados perpetrados en su contra y de sus familiares, tales como intentos de secuestro y ataques a su casa de habitación.

Como consecuencia de la desaparición del entonces Alcalde del Municipio, ocurrida el 21 de noviembre de 1980, Florencio Chitay Nech asumió la responsabilidad de la Alcaldía. El 1 de abril de 1981 Florencio Chitay Nech salió de su vivienda en la Ciudad de Guatemala para comprar leña, acompañado por uno de sus hijos. Frente a la tienda de leña, un grupo de hombres armados se bajaron de un vehículo, lo llamaron por su nombre e intentaron subirlo a la fuerza pegándole en la cabeza. Uno de los hombres tomó al niño del brazo y lo encañonó, por lo que el señor Chitay Nech dejó de resistirse y subió al vehículo. Posteriormente, su hijo corrió a su casa, contó lo sucedido a su familia y denunciaron los hechos ante la Policía Nacional. Desde entonces Florencio Chitay se encuentra desaparecido.

Como consecuencia de los hostigamientos, persecuciones y ataques de la casa de habitación del señor Chitay y su posterior desaparición, los familiares tuvieron que huir de su comunidad, lo que provocó una ruptura con su identidad cultural, y la desintegración familiar, ya que una de sus hijas se trasladó a España, otros dos a Estados Unidos y los restantes permanecieron en Guatemala.

Los familiares de Florencio Chitay no han podido regresar de forma permanente a San Martín Jilotepeque, debido al temor fundado que siguen teniendo ante la posibilidad de sufrir represalias como consecuencia de

lo sucedido a su padre y personas allegadas a la familia, así como por la falta de investigación de los hechos relacionados con la desaparición forzada del señor Chitay Nech.

Examen y decisión:

“[...] [E]ste Tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas. Tal como lo reconoció la perito Rosalina Tuyuc, ‘la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya’, por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual [...]” **(Párr. 145)**

“Así, 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 [hay nota].” **(Párr. 146)**

“Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [hay nota] y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia [hay nota]. Así, ‘el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. 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 del niño’ [hay nota].” **(Párr. 157)**

“En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte [...]” **(Párr. 159)**

“Además, señaló que la desaparición del padre o de la madre no sólo significó un cambio de roles en el sentido de que el padre sobreviviente tuvo que asumir ese rol de ser mamá y de ser papá a la vez, sino que sobre todo impidió que los padres transmitieran sus conocimientos de forma oral, conforme a las tradiciones de la familia maya [...]” **(Párr. 160)**

“En razón de las consideraciones previas y el allanamiento del Estado, la Corte estima 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, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez.” **(Párr. 163)**

“El artículo 19 de la Convención Americana establece que ‘todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado [...]. Debe entonces el Estado asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño [...]” **(Párr. 164)**

“En su Observación General No. 11, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado que ‘el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso’ [hay nota], y que este derecho constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas [hay nota]. Asimismo, tomando en consideración la estrecha relación material y espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales (supra párr. 145), este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los

Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.” (Párr. 168)

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002](#) (Sentencia del 28 de agosto de 2002).



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gelman Vs. Uruguay

Fecha de sentencia	24 de febrero de 2011
Estado parte	Uruguay
Voces	Apropiación de menores. Desaparición forzada de padres. Medidas especiales de protección. Obligación estatal, comunitaria y familiar. Derecho a la identidad. Derecho a la familia. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. Protección de convivencia entre padres e hijos. Interés superior del niño. Derecho al nombre. Derecho a la nacionalidad. Ejercicio progresivo de la capacidad. Protección contra injerencias arbitrarias.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Gelman Vs. Uruguay . Sentencia del 24 de febrero de 2011. Fondo y reparaciones.

Hechos:

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, Argentina, por militares uruguayos y argentinos. Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía 19 años de edad y cursaba un embarazo de aproximadamente siete meses. Fueron llevados al centro de detención y tortura clandestino conocido como “Automotores Orletti”, en Buenos Aires, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. En octubre de 1976 María Claudia García fue trasladada en forma clandestina a Montevideo, Uruguay, por autoridades uruguayas y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay. En lo sucesivo, habría sido trasladada al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue entregada a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida.

El señor Juan Gelman, padre de Marcelo Gelman y suegro de María Claudia García Iruretagoyena, y su esposa, realizaron por su cuenta averiguaciones para conocer lo ocurrido a su hijo, a su nuera y a la hija de ambos, que presumían había nacido durante el cautiverio de sus padres. A finales de 1999, obtuvieron información que permitió develar la identidad y la ubicación de María Macarena. El 31 de marzo de 2000 María Macarena tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, enterándose así de los hechos que rodearon la desaparición de sus padres biológicos. A partir de ese momento, ella emprendió las acciones legales pertinentes para recuperar su identidad, por lo que a partir del año 2005 adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena.

Examen y decisión:

“[...] la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares” **(Párr. 120)**

“En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado [...]” **(Párr. 121)**

“Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad 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 [hay nota].” **(Párr. 122)**

“Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la ‘OEA’) señaló ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana’ [hay nota]. Asimismo estableció que ‘la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’ [hay nota]. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el ‘derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana’ y que, en consecuencia, ‘es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana’ [hay nota].” **(Párr. 123)**

“Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [hay nota]. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho [hay nota], pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales [hay nota].” **(Párr. 125)**

“Particularmente cuando María Macarena Gelman se encontraba en su primera infancia, hubo una injerencia ilegal por parte del Estado en su familia de origen, la cual vulneró el derecho de protección a la misma, al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y establecer relaciones con él. El Estado tenía conocimiento de la existencia de María Macarena Gelman y de la situación en la que ésta se encontraba, pero hasta el año 2000 omitió toda gestión para garantizarle su derecho a la familia.” **(Párr. 126)**

“En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales [hay nota], la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado [hay nota]. Además, el nombre y el apellido son ‘esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia’ [hay nota]. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o

por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre [...].” (Párr. 127)

“Por otra parte, el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención, en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos [hay nota] y es también un derecho de carácter inderogable reconocido en la Convención Americana [hay nota]. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta [hay nota]. Igualmente, importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde, por ejemplo, que no se les prive arbitrariamente del medio familiar [hay nota] y que no sean retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado [hay nota]. En el presente caso, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, con el referido propósito (supra párr. 97), frustraron el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el artículo 20.3 de la Convención.” (Párr. 128)

“[...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [hay nota], por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.” (Párr. 129)

“Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.” (Párr. 130)

“La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del artículo 3 de la Convención.” (Párr. 131)

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002](#) (Sentencia del 28 de agosto de 2002) y en el [Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana](#) (Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Fondo, reparaciones y costas), tratado en este mismo Boletín.



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Contreras y otros Vs. El Salvador

Fecha de sentencia	31 de Agosto de 2011
Estado parte	El Salvador
Voces	Desaparición de padre. Apropiación de menores. Derecho a la dignidad. Separación entre padres e hijos. Vulnerabilidad en conflicto armado. Derecho a la personalidad jurídica. Derecho a la identidad. Providencias positiva del Estado. Derecho al nombre. Protección contra injerencias arbitrarias.
Cita y Vínculo texto íntegro	CorteIDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador . Sentencia del 31 de Agosto de 2011. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

Entre los años 1980 y 1991 tuvo lugar en la República de El Salvador un conflicto armado en el que se produjo un patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y niñas en diferentes zonas del país que implicó, en muchos casos, su apropiación e inscripción con otro nombre o bajo datos falsos. Ello sucedió en el contexto de la muerte y tortura de miles de civiles salvadoreños en manos de agentes del Estado, de grupos paramilitares y de los llamados escuadrones de la muerte.

Lo antedicho, respondió a una estrategia contrainsurgente desarrollada por el Estado que obedecía al concepto de destruir grupos poblacionales asociados con la guerrilla, dentro de lo cual cobró utilidad la sustracción de niñas y niños a fin de separarlos de quienes consideraban enemigos y formarlos bajo la ideología sustentada por el Estado en ese entonces.

En ese contexto, durante los primeros años desaparecieron los entonces niñas y niños Gregoria Herminia, Serapio Cristian y Julia Inés, todos de apellido Contreras, Ana Julia y Carmelina Mejía Ramírez y José Rubén Rivera Rivera, quienes fueron vistos por última vez en manos de miembros de diferentes cuerpos militares, habiéndose establecido únicamente el paradero de la primera de ellos el 13 de diciembre de 2006. Ese día se reencontró Gregoria Herminia Contreras con sus padres, aunque ella continúa registrada bajo otro nombre.

Examen y decisión:

“[...] En el presente caso, la Corte entiende que la sustracción y separación de sus padres o familiares en las condiciones descritas, así como el hecho de haber quedado bajo el control de efectivos militares en el transcurso de una operación militar, produjo una afectación a la integridad psíquica, física y moral de los niños y niñas, derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana [hay nota], generándoles sentimientos de pérdida, abandono, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales pudieron variar e intensificarse dependiendo de la edad y las circunstancias particulares [hay nota].” (Párr. 85)

“Además, en el caso específico de niños y niñas separados de sus padres o familiares en el contexto de los conflictos armados, quienes se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, muchas veces se considera su apropiación, con fines diversos, como una consecuencia normal del conflicto armado o, por lo menos, inherente al mismo, lo cual sucedió al menos en el caso de Gregoria Herminia. Al tratárseles como objetos susceptibles de apropiación se atenta contra su dignidad e integridad personal, siendo que el Estado debería velar por su protección y supervivencia, así como adoptar medidas en forma prioritaria tendientes a la reunificación familiar [hay nota]. Al efecto, la Corte Interamericana ha señalado que existe una obligación de aplicar `el estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra [la] integridad personal [de los niños]´ [hay nota].” (Párr. 86)

“De modo tal que la desaparición forzada también conlleva a la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana [hay nota], dado que su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado [hay nota], aún más cuando la identidad ha sido alterada ilegalmente.” (Párr. 88)

“Ha sido comprobado que muchos de los niños y niñas desaparecidos eran registrados bajo información falsa o sus datos alterados [hay nota], como ocurrió en el caso de Gregoria Herminia, aspecto que irradia sus efectos en dos sentidos: por un lado, para el niño o niña apropiada, a quien se le imposibilita buscar a su familia y conocer su identidad biológica y, por el otro, a su familia de origen, a quienes se les obstaculiza el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica, el vínculo familiar y hacer cesar la privación de libertad. [...]. Esta violación solo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes [hay nota].” (Párr. 89)

“La Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana [hay nota]. Al respecto, es importante recordar que el Tribunal también ha señalado que `[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas´ [hay nota]. Por otra parte, en virtud del artículo 11.2 de la Convención [hay nota], toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia [hay nota], y en especial los niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo [hay nota].” (Párr. 106)

“En este contexto es importante determinar cuáles medidas de protección, especiales y diferenciadas, debía el 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 [hay nota]. 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 [hay nota], 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 [hay nota]. 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 [hay nota] [...].” (Párr. 107)

“En cuanto al derecho al nombre, la Corte ha establecido que `constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona´ [hay nota]. En este sentido, el Tribunal ha señalado que `los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia´ [hay nota].” (Párr. 110)

[...] De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. [...]" **(Párr. 112)**

"Al respecto, esta Corte ha establecido previamente que `el derecho a la identidad 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´ [hay nota]. Es así que 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 [hay nota]. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años [hay nota]. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez." **(Párr. 113)**

"En suma, el Tribunal considera que, sustraer a una menor de edad de su entorno familiar y cultural, retenerla ilegalmente, someterla a actos de violencia y violación sexual, inscribirla con otro nombre como propio, cambiar sus datos de identificación por otros falsos y criarla en un entorno diferente en lo cultural, social, religioso, lingüístico, según las circunstancias, así como en determinados casos mantenerla en la ignorancia sobre estos datos, constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal. Más aún cuando el Estado no ha adoptado con posterioridad ninguna medida dirigida a fin de reunificarla con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad." **(Párr. 116)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Atala Riffo y niñas Vs. Chile

Fecha de sentencia	24 de febrero de 2012
Estado parte	Chile
Voces	Interés superior del niño. Medidas especiales de protección. Orientación sexual de padre o madre. Custodia. Discriminación social. Rol tradicional de maternidad. Concepto amplio de familia. Protección contra injerencias arbitrarias. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile . Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo López Allendes en el año 1993. Durante el matrimonio nacieron tres niñas, M., V. y R. En marzo de 2002 decidieron finalizar su matrimonio, hacia finales de ese mismo año la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

En enero de 2003, el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro bajo el cuidado de su madre, dada su nueva opción de vida sexual. Ante la negativa de concederse la tuición al padre tanto en primera como en segunda instancia, el señor Ricardo López presentó ante la Corte Suprema de Justicia de Chile un recurso de queja y solicitó el cuidado de las niñas.

La Corte Suprema concedió la tuición definitiva al padre, argumentando que la orientación sexual de la madre y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. A su vez, estimó el estado de vulnerabilidad de las niñas ante el entorno familiar excepcional diferenciado de sus compañeros de colegio y de las relaciones de la vecindad en que habitaban, lo cual las expondría a ser objeto de aislamiento y discriminación.

Examen y decisión:

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [hay nota]. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’.” (Párr. 108)

“Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia [hay nota].” **(Párr. 109)**

“En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el ‘interés superior del niño’ un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona [hay nota]. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.” **(Párr. 110)**

“Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño [hay nota]. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños [hay nota].” **(Párr. 111)**

“La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.” **(Párr. 119)**

“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales [hay nota], las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos [hay nota].” **(Párr. 120)**

“Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un ‘daño’ válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.” **(Párr. 121)**

“Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R..” **(Párr. 122)**

“Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales [hay nota] permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales (supra párr. 92 y 124).” **(Párr. 127)**

“En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.” **(Párr. 140)**

“La Corte constata 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. Al respecto, el Tribunal reitera 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 [hay nota].” **(Párr. 142)**

“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, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales [hay nota].” **(Párr. 151)**

“El artículo 11 de la Convención 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 se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública [hay nota].” **(Párr. 161)**

“Al respecto, 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 la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [hay nota]. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho [hay nota], pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas [hay nota].” **(Párr. 169)**

“[...] esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.” **(Párr. 175)**

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002 \(Sentencia del 28 de agosto de 2002\)](#) y en el [Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala](#) (Sentencia del 25 de mayo de 2010), ambos analizados en este Boletín.



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Fornerón e hijas Vs. Argentina

Fecha de sentencia	27 de abril de 2012
Estado parte	Argentina
Voces	Obligación estatal, comunitaria y familiar de protección. Derecho a la unión familiar. Excepcionalidad y temporalidad de la separación. Interés superior del niño. Evaluación de comportamiento específico de los padres. Trámites de adopción, guarda y custodia. Plazos. Concepto tradicional de maternidad y paternidad. Concepto amplio de familia. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Fornerón e hijas Vs. Argentina . Sentencia del 27 de abril de 2012. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z.

El señor Fornerón no había tenido conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de él, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, el señor Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Por su parte, la señora Enríquez manifestó ante la Defensoría que el señor Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento de M el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 11 de julio de 2000 la Fiscalía solicitó al Juez de Instrucción la adopción de medidas previas, ante la incertidumbre sobre el destino de la niña y dadas las contradicciones en que había incurrido la madre. Si bien el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero, el Juez de Instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la investigación penal dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada venta de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. Finalmente, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

Por otra parte, el 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, el señor Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad.

Posteriormente, el juez ordenó la práctica de una pericia psicológica, la cual concluyó que el traspaso de la familia a la que reconoce a otra a la que desconoce sería sumamente dañino psicológicamente para la niña. El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e

indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y ésta fue revocada. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos confirmó la sentencia de primera instancia. El Superior Tribunal provincial consideró, primordialmente, el tiempo transcurrido, e indicó que la demora en el trámite del proceso de guarda judicial incidió en la decisión de confirmar la guarda, en consideración del interés superior de M, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio B-Z. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z.

Paralelamente, el 15 de noviembre de 2001 el señor Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas. En mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, así como al señor Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva.

Examen y decisión:

“[...] La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece [hay nota].” **(Párr. 45)**

“Esta Corte ya se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva 17, y ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas [hay nota].” **(Párr. 46)**

“Asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, 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 [hay nota].” **(Párr. 47)**

“Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia [hay nota].” **(Párr. 48)**

“Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia [hay nota].” **(Párr. 50)**

“Por otra parte, esta Corte también ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades [hay nota].” **(Párr. 51)**

“Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto [hay nota].” **(Párr. 52)**

“[...] la Corte advierte que, en un caso como el presente, la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad, y no en la actividad procesal del padre [...]” **(Párr. 69)**

“[...] la duración total de los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas, de más de tres y diez años, respectivamente, en el presente caso, sobrepasan excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en procedimientos relativos a la guarda de una niña y al régimen de visitas con su padre, por lo que constituyen una violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 17.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última.” **(Párr. 77)**

“El Juez de Primera Instancia manifestó: ‘entre los padres biológicos de la niña [...] no existió un noviazgo formal de más de 12 meses, [...] sino encuentros ocasionales, manteniendo la madre de la niña al menos otra relación con otra persona; expreso esto no para juzgar la conducta de la madre sino para resaltar que el fruto de esa relación [...] no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia’. Asimismo, resaltó la existencia de un conflicto entre los progenitores de M y ‘la ausencia de una familia biológica’. Hizo hincapié en que el señor Fornerón conocía del embarazo al menos durante los dos meses anteriores al nacimiento y sin embargo ‘no [ha] demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del [nacimiento] e inclusive haber realizado algún tipo de presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña’. Añadió que la niña ‘no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia [...] la presencia maternal’, reiterando en su argumentación que el padre biológico ‘no conoce a la menor y no se encuentra casado’, por lo que la niña no contaría con una madre, lo cual ‘añadiría un [...] elemento que perjudicaría a su salud mental y seguramente física’. Por su parte, uno de los jueces del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos afirmó que ‘el padre demostr[ó] hasta [el] reconocimiento [de su hija] una indiferencia emparentada con el abandono’ [...]. **(Párr. 91)**

“Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la ‘formalidad’ de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta [hay nota].” **(Párr. 94)**

“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 [hay nota]. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano [hay nota]. 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 [hay nota]. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.” **(Párr. 99)**

“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.” **(Párr. 100)**

“La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en 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 [hay nota]. 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 a la familia [hay nota], 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 [hay nota] (supra párr. 47).” **(Párr. 116)**

“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, 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)**

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002](#) (Sentencia del 28 de agosto de 2002), [Caso Gelman Vs. Uruguay](#) (Sentencia del 24 de febrero de 2011) y en el [Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto del Paraguay](#). (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011). Las dos primeras se presentan en este Boletín.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Furlan y familiares Vs. Argentina

Fecha de sentencia	31 de agosto de 2012
Estado parte	Argentina
Voces	Medidas especiales de protección. Interés superior del niño. Asesor de menores e incapaces. Pobreza y discapacidad. Discapacidad e impacto en familia. Acceso a la justicia. Desigualdad. Situación agravada de vulnerabilidad.
Cita y vínculo texto íntegro	CorteIDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2012.

Hechos:

En el año 1988, Sebastián Furlan, quien por entonces tenía 14 años de edad, recibió el impacto de un travesaño que cayó sobre su cabeza ocasionándole fractura de cráneo y daños cerebrales graves. En ese momento se encontraba jugando con otros niños en un campo de entrenamiento militar abandonado por el Ejército, en la localidad de Ciudadela, provincia de Buenos Aires. El padre de Sebastián, Danilo Furlan, inició una acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional a fin de obtener el resarcimiento por los daños sufridos por su hijo y obtener los medios necesarios para una adecuada rehabilitación. El referido proceso civil demoró aproximadamente 12 años y tres meses.

Examen y decisión:

“[...] toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.” (Párr. 126)

“[...] en las circunstancias específicas del presente caso el asesor de menores e incapaces constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que generaba

la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando, como se mencionó anteriormente [...], que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad. En consecuencia, la Corte concluye que se vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan.” **(Párr. 243)**

“Para la Corte es claro que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana. [...]” **(Párr. 250)**

“Por tanto, la Corte encuentra probado que el accidente sufrido por Sebastián Furlan, así como el transcurso del proceso civil, tuvieron un impacto en el núcleo familiar conformado por Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Furlan y Sabina Furlan. Dicho impacto generó un estado de angustia y desesperación permanente en la familia, lo cual terminó quebrantando los lazos familiares y generando otro tipo de consecuencias. Además, la familia Furlan Fernández no contó con asistencia para desarrollar un mejor apoyo a Sebastián Furlan, lo cual desencadenó una serie efectos negativos en el normal desarrollo y funcionamiento familiar.” **(Párr. 256)**

“La Corte considera probada la desintegración del núcleo familiar, así como el sufrimiento padecido por todos sus integrantes como consecuencia de la demora en el proceso civil, la forma de ejecución de la sentencia y los demás problemas que tuvo Sebastián Furlan para el acceso a una rehabilitación adecuada. De lo expuesto anteriormente, la Corte considera que el Estado argentino ha incurrido en la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 y el derecho al acceso a la justicia establecido en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan y Sabina Eva Furlan”. **(Párr. 265)**

“En el presente caso la Corte resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.” **(Párr. 268)**

“El Tribunal ha hecho referencia a la situación agravada de vulnerabilidad de Sebastián Furlan, por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos, razón por la cual correspondía al Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación. En efecto, ha sido precisado el deber de celeridad en los procesos civiles analizados, de los cuales dependía una mayor oportunidad de rehabilitación. Además, la Corte concluyó que era necesaria la debida intervención del asesor de menores e incapaces o una aplicación diferenciada de la ley que reguló las condiciones de ejecución de la sentencia, como medidas que permitieran remediar de algún modo las situaciones de desventaja en las que se encontraba Sebastián Furlan. Estos elementos demuestran que existió una discriminación de hecho asociada a las violaciones de garantías judiciales, protección judicial y derecho a la propiedad ya declaradas. Además, teniendo en cuenta los hechos reseñados en el capítulo sobre la afectación jurídica producida a Sebastián Furlan en el marco del proceso civil [...], así como el impacto que la denegación al acceso a la justicia tuvo en la posibilidad de acceder a una adecuada rehabilitación y atención en salud [...], la Corte considera que se encuentra probada, a su vez, la vulneración del derecho a la integridad personal. En consecuencia, la Corte declara que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana en perjuicio de Sebastián Claus Furlán. **(Párr. 269)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica

Fecha de sentencia	28 de noviembre de 2012
Estado parte	Costa Rica
Voces	Derecho a la vida privada. Derecho a la autonomía reproductiva. Derecho a fundar una familia. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. Salud genésica. Técnicas de reproducción asistida. Fecundación in vitro. Concepción. Vida prenatal. Embrión. Persona. Derecho a la vida. Autonomía personal. Protección contra injerencias arbitrarias.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica . Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

Hechos:

El 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales que no podían tener hijos de manera natural o por cauces biológicos y regulaba su ejecución. La fecundación in vitro fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por una entidad privada. En dicho lapso nacieron 15 costarricenses fecundados de esta forma.

El 15 de marzo de 2000 la técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica, anulando el Decreto Ejecutivo No. 24029-S. Esta sentencia implicó que se prohibiera la práctica y generó que algunas de las peticionarias debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la fecundación in vitro.

El 30 de mayo de 2008 una peticionaria, la señora Henchoz, interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional, la cual fue rechazada de plano. Posteriormente, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social con la finalidad de que se le permitiera practicarse la fecundación in vitro. La caja adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento debido a la Sentencia de 15 de marzo de 2000.

Examen y decisión:

“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 se

caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública [hay nota]. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana [hay nota]. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones [hay nota].” (Párr. 142)

“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad [hay nota]. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior [hay nota]. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona [hay nota]. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás [hay nota], y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres [hay nota]. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico [hay nota].” (Párr. 143)

“La Corte considera que el presente caso 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.” (Párr. 144)

“[...] El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [hay nota]. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas [hay nota]. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos [hay nota]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia [hay nota].” (Párr. 145)

“En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) 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 [hay nota]. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.” (Párr. 146)

“La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal [hay nota]. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades [hay nota]. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que

para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que ‘la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud’ [...].” **(Párr. 148)**

“Finalmente, 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 [hay nota] y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana [hay nota] y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población [hay nota]. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.” **(Párr. 150)**

“El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de ‘la concepción’. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer [hay nota].” **(Párr. 179)**

“No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).” **(Párr. 186)**

“En este sentido, la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero [...].” **(Párr. 187)**

“Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida) [hay nota], ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño) [hay nota], el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir [hay nota]. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.” **(Párr. 226)**

“La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los

Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada [hay nota] está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.” (Párr. 256)

“Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.” (Párr. 258)

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.” (Párr. 264)

“La Corte 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 [...].” (Párr. 272)

“Como se indicó anteriormente (supra párr. 144), el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad [...].” (Párr. 277)

“[...] respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV [...].” (Párr. 281)



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) Vs. Chile

Fecha de sentencia	29 de mayo de 2014
Estado parte	Chile
Voces	Derecho a la familia. Protección contra injerencias arbitrarias. Protección de convivencia entre padres e hijos. Visita familiar a privados de libertad. Persona indígena detenida.
Cita y vínculo de texto íntegro	CorteIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) Vs. Chile . Sentencia del 29 de mayo de 2014. Fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

A inicios de la década de los 2000, existía en el sur de Chile una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del Pueblo Indígena Mapuche, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respecto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales.

En el contexto de esa protesta social se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones. Aparte de las movilizaciones sociales y de otras medidas de presión como la ocupación de las tierras demandadas, se presentaron algunas acciones de hecho y violentas calificadas como graves, tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercados, cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública. En ese marco ocurrieron los hechos por los cuales fueron procesadas y condenados penalmente los peticionarios como autores de delitos calificados de terroristas, en aplicación de la Ley 18.314, conocida como Ley Antiterrorista.

El tratamiento de terrorista que le dio el Estado los colocó bajo un régimen legal especial que afectó su vida, la de su familia y la de su comunidad. La permanencia en un centro penitenciario ubicado a más de 300 kilómetros de su comunidad, imposibilitaba el recibimiento de visitas y apoyo emocional y material de amigos y familiares.

Examen y decisión:

“La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [hay nota]. Asimismo, ha afirmado que implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia [hay nota], así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar [hay nota]. El Tribunal también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia [hay nota].” (Párr. 404)

“Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares.” (Párr. 407)

“La Corte resalta que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades.” (Párr. 408)

“En consecuencia, queda claro que, al recluir al señor Ancalaf Llaupe en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se le trasladara a un centro penitenciario más cercano, para lo cual se contaba con la conformidad de la Gendarmería (supra párr. 403), el Estado violó el derecho a la protección de la familia.” (Párr. 409)

Observaciones: En similar sentido sentó estándares la Corte IDH en la [Opinión Consultiva OC- 17/2002](#) (Sentencia del 28 de agosto de 2002), tratada en este Boletín, y en el [Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia](#) (Sentencia del 25 de noviembre de 2013)



Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva 21/14

Fecha de Opinión Consultiva	19 de Agosto de 2014
Estado parte	Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
Voces	Ejercicio progresivo de los derechos. Medidas de protección especial. Vulnerabilidad. Interés superior del niño. Niño migrante no acompañado. Tutor. Derecho a vivir en familia. Imperativo de no privación de libertad. Derecho a la familia biológica. Concepto amplio de familia. Separación como medida excepcional y temporal. Expulsión de progenitor.
Cita y Vínculo texto íntegro	CorteIDH. Opinión Consultiva Nº OC-21/14 . Opinión Consultiva del 19 de Agosto de 2014. Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Consideraciones previas:

En el año 2011, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay presentaron ante la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva a fin de que ese Tribunal determine cuáles son los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos respecto de niñas y niños, asociados a su condición migratoria o la de sus padres. Ello, teniendo en cuenta la interpretación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Dicha solicitud, se originó en consideración a la privación de la libertad de niños y niñas migrantes con motivo de la infracción de normas migratorias y el déficit legislativo y de políticas públicas en relación con las medidas que los Estados receptores tienen que adoptar ante el ingreso irregular de un niño o niña al país, lo que por su condición de vulnerabilidad exige un compromiso especial por parte de los Estados en procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales.

Examen y decisión:

“La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración [hay nota], se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [hay nota]. Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o en consideración de la condición particular o peculiar del

beneficiario [hay nota]. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [hay nota]. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 `debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial´ [hay nota]. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.” (Párr. 66).

“Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral [hay nota]: el principio de no discriminación [hay nota], el principio del interés superior de la niña o del niño [hay nota], el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo [hay nota], y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación [hay nota]. [...]” (Párr. 69).

“Adicionalmente, en casos de niñas o niños no acompañados o separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior de los mismos. La Corte estima necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor [hay nota]. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar [hay nota].” (Párr. 132).

“Por otra parte, la Corte ha resaltado que ‘[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas’ [hay nota]. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños [hay nota]. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia [hay nota].” (Párr. 158).

“[...] En cuanto al caso de niñas y niños que se encuentran junto a sus familiares, de conformidad con los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración que disponen el derecho a la protección de la familia, la regla debe ser que permanezcan con sus padres o quienes hagan sus veces, evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares [hay nota] en los términos expuestos anteriormente (*supra* párrs. 158 y 160), salvo que el interés superior de la niña o del niño dicte lo contrario.” (Párr. 177)

“Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado [hay nota]. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia [hay nota]. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo

algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los `lazos familiares´ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [hay nota]. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término `progenitores´ de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que `el término `familia´ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local´ [hay nota], de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las provisiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable `a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha´ [hay nota].” (Párr. 272)

“Habiendo sentado y delimitado el objeto de la presente pregunta, es pertinente recordar que los Estados receptores tienen derecho a elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros [hay nota]. A su vez, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia [hay nota]. Al respecto, la Corte ha establecido que `[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño´ [hay nota]. Específicamente, ha entendido que la niña o `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´ [hay nota]. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales [hay nota] [...]” (Párr. 273)

“Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores [hay nota].” (Párr. 274)

“Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo [hay nota]. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial [hay nota]. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño [hay nota].” (Párr. 278)

“A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la

extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad [hay nota], guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.” **(Párr. 279)**



FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana

Fecha de sentencia	28 de Agosto de 2014
Estado parte	República Dominicana
Voces	Apatridia. Extrema vulnerabilidad. Derecho a la nacionalidad. Derecho a la igualdad. Interés superior del niño. Identidad. Hijo de persona en situación migratoria irregular. <i>Ius solis</i> . Excepción. Expulsión colectiva. Derecho a la unión familiar. Detención migratoria de niños/as. Obligación estatal respecto del desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.
Cita y Vínculo texto íntegro	Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana . Sentencia del 28 de Agosto de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Hechos:

A partir del primer tercio del siglo XX tuvieron lugar en la República Dominicana grandes migraciones de haitianos los cuales, en su mayoría, se trasladaron para desarrollar labores agrícolas, principalmente en campos azucareros. Como consecuencia de ello, muchos migrantes haitianos pasaron a vivir en forma permanente en la República Dominicana, en asentamientos llamados “bateyes”. En la actualidad, viven con sus hijos y nietos, quienes nacieron en territorio dominicano, en condiciones de marginalidad, pobreza y discriminación.

Tienen lugar expulsiones colectivas efectuadas por autoridades públicas dominicanas que afectan a haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana. Se trata de una práctica sistemática que, independientemente del status migratorio de dichas personas y sin un procedimiento de averiguación previo, se da como resultado de una discriminación basada en la raza, el color de piel, el idioma y la nacionalidad. A lo anterior, se suman las dificultades que atraviesan para obtener la nacionalidad dominicana. En tal sentido, niños y niñas haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana nacidos en territorio dominicano encuentran dificultades para obtener su certificado de nacimiento. Ello, obedece en buena parte a los obstáculos que las autoridades públicas imponen para su obtención, que enfrenta a los padres a prácticas discriminatorias que así lo impiden. Asimismo, la dificultad se extiende a la utilización de tales documentos por parte de los afectados ya que, por su origen étnico, las autoridades públicas se los confiscan y destruyen, o bien les niegan una copia de ellos. En ese contexto, en noviembre de 1999 o enero de 2000 se produjo la expulsión de la familia Medina Ferreras. La misma, estaba compuesta por el señor Willian Medina Ferreras, la señora Lilia Jean Pierre y sus hijos Awilda, Luis Ney y Carolina Isabel. Tanto Willian como Lilia, quien había nacido en Haití, contaban con cédula de identidad dominicana, mientras que sus hijos, quienes al igual que su padre habían nacido en República Dominicana, contaban con certificado de nacimiento dominicano. Durante la madrugada, funcionarios estatales arribaron a su casa y sin comprobar su documentación los llevaron a una cárcel en Oviedo,

donde permanecieron detenidos por varias horas. Willian manifestó haber entregado su documento a las personas de migración pero ellos lo rompieron. Sus hijos no tuvieron ocasión de mostrarlos. Luego de ello, subieron a la familia a un furgón junto con otras personas y los llevaron a la frontera con Haití, donde todos fueron expulsados.

Por otra parte, el 2 de noviembre de 1999 se produjo la expulsión de la familia Fils-Aimé, la cual se encontraba integrada por el señor Jeanty Fils-Aimé, la señora Janise Midi, sus hijos Antonio, Diane y Endry y un hijo de Jeanty llamado Nené. Tanto Jeanty como Janise, quien había nacido en Haití, contaban con cédula de identidad haitiana, mientras que sus hijos fueron inscriptos en Haití. Ello, pese a que Jeanty y sus hijos Antonio, Diane y Endry habían nacido en República Dominicana. En la fecha mencionada, Jeanty fue aprehendido por el mercado mientras que Janise y sus tres hijos lo fueron en su casa por parte de agentes estatales que los hicieron subir a un camión en el cual fueron llevados a las proximidades de Aduanas, donde fueron expulsados junto a otras personas. En cuanto a Nené, no ha quedado acreditado que haya sido expulsado.

El 5 de diciembre de 1999, el señor Bersson Gelin, quien había nacido en República Dominicana y contaba con acta de nacimiento y documento de identidad haitiano, fue aprehendido mientras iba al trabajo. En aquella ocasión, lo subieron a una guagua y lo llevaron a Haití. Su hijo William Gelin, quien era menor de edad, continuó viviendo en República Dominicana.

También la familia Sensión fue expulsada. Se encontraba formada por el señor Antonio Sensión, la señora Ana Virginia Nolasco y sus hijas Ana Lidia y Reyita Antonia. Tanto Antonio como sus hijas habían nacido en República Dominicana y tenían cédula de identidad dominicana. Estas últimas fueron reconocidas como ciudadanas dominicanas por parte del Estado. Por el contrario, Ana Virginia había nacido en Haití y contaba con cédula haitiana. Si bien la familia vivía en Santo Domingo, República Dominicana, Antonio, por motivos laborales, se trasladaba a Puerto Plata. Cuando Antonio no se encontraba en su casa, Ana Virginia y sus hijas fueron detenidas por oficiales de migración y trasladadas en un camión a la frontera de Haití, donde fueron expulsadas junto con otras personas. Ocho años después, Antonio encontró a su familia en Haití y regresaron a República Dominicana.

El 24 de julio de 1999 se produjo la expulsión del señor Rafaelito Pérez Charles, quien había nacido en República Dominicana y contaba con cédula de identidad dominicana. Ese día, cuando volvía de su trabajo, fue aprehendido por varios agentes de migración quienes, sin darle la oportunidad de buscar la documentación que tenía en su casa, lo subieron a una guagua en la cual había muchas personas y los llevaron a un centro de detención junto con otros haitianos que se encontraban presos para ser finalmente trasladados a Jamaní, desde donde fueron expulsados a territorio haitiano. Luego de ello, Rafaelito regresó a pie a República Dominicana. El Estado reconoce que Rafaelito es ciudadano dominicano por lo que no tendría objeción en reemplazar la documentación correspondiente.

Un último hecho de expulsión, le ocurrió a la familia Jean en diciembre de 2000. Estaba compuesta por el señor Víctor Jean, la señora Marlene Mesidor y sus hijos Markenson, quien había nacido en Haití y contaba con pasaporte haitiano, Miguel, Victoria y Natalie. Estos últimos, al igual que Víctor, habían nacido en República Dominicana mientras que Marlene lo había hecho en Haití por lo que contaba con pasaporte haitiano. En aquel entonces, alrededor de las 7:30 de la mañana, agentes estatales se presentaron en su casa y sin que les fuera permitido efectuar ningún llamado les ordenaron salir y subirse a un bus lleno de personas. Luego de ello, les pidieron los documentos pero únicamente contaban con las actas de nacimiento de los niños y niñas. Durante la tarde, la familia fue dejada en territorio haitiano. Actualmente viven en República Dominicana.

A excepción de Rafaelito Pérez Charles, el Estado, como consecuencia del acuerdo alcanzado en la tramitación de las medidas provisionales ante la Corte, emitió salvoconductos a favor de todos los miembros de las familias mencionadas.

Examen y decisión:

“En cuanto a su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad [hay nota].” (Párr. 257)

“En relación con el momento en que resulta exigible la observancia de los deberes estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia, en el marco del derecho internacional pertinente, ello es al momento del nacimiento de las personas. [...]” (Párr. 258)

“[...]Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado [hay nota], si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.” (Párr. 259)

“Ahora bien, si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia [...]. Esta obligación se aplica también en el supuesto de que los padres no puedan (por la existencia de obstáculos de *facto*) registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad [hay nota].” (Párr. 261)

“En relación al derecho a la nacionalidad, la Corte reitera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación [hay nota] determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos [hay nota]. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas [hay nota]. La Corte también ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad [hay nota]. En ese sentido, este Tribunal ha dejado establecido al examinar un caso relativo a República Dominicana que el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos [hay nota].” (Párr. 264)

“[...] Este Tribunal ha sostenido que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia [...]. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño señaló que la falta de registro de una niña o un niño ‘puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos’ [hay nota].” (Párr. 269)

“Al respecto, la Corte advierte que el Tribunal Constitucional [...] indicó que a diferencia de los hijos de extranjeros que ‘obtenían un permiso de residencia legal’, ‘[l]os extranjeros que [...] se encuentran en situación migratoria irregular [...] no podrían invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana [...] en vista de que resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho’. La Corte Interamericana nota, por una parte, que el argumento sobre la ‘situación ilícita’ del extranjero que ‘se encuentra en situación migratoria irregular’ se refiere a los extranjeros en situación irregular, y no a sus hijos. Es decir, la diferencia entre las personas nacidas en territorio dominicano que son hijas de extranjeros no se hace con base en una situación atinente a ellas, sino con base en la diferente situación de sus padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria. Por ello, tal diferenciación entre la situación de los padres, en sí misma, no resulta una explicación de la motivación o finalidad de la diferencia de trato entre personas que nacieron en el territorio dominicano. Por ende, la Corte entiende como insuficientes los argumentos plasmados en la sentencia [...] pues no permiten dilucidar cuál es el fin perseguido con la distinción analizada y, por lo tanto, impiden apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma.” (Párr. 317)

“[...] [U]n límite a la facultad estatal de determinar quiénes son nacionales, es el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley sin discriminación. [...]. Así, la introducción del criterio de la situación de estancia irregular de los padres como una excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius solis*, termina por revelarse discriminatorio como tal en República Dominicana, cuando se aplica en un contexto que previamente se ha señalado como discriminatorio de la población dominicana de

ascendencia haitiana, que a su vez resulta ser un grupo desproporcionadamente afectado por la introducción del criterio diferenciado [hay nota]. [...]” (Párr. 318)

“Además, la Corte ha indicado que las razias y las detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna [hay nota].” (Párr. 348)

“La Corte encuentra necesario reiterar que en los procesos de expulsión en dónde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible [hay nota]. En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual [hay nota], debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada [hay nota]. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad [hay nota], guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger [hay nota].” (Párr. 357)

“Además, a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño [hay nota].” (Párr. 360)

“En cuanto a las obligaciones relacionadas con el derecho a la protección a la familia, 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 [hay nota], toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia [hay nota]. Aunado a lo anterior, ha indicado que la separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión [hay nota]. Lo anterior se debe a que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas” [hay nota].” (Párr. 414)

“De las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño [...] se desprende la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar. Además, 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 [hay nota]. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección de la niña y el niño y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar [hay nota].” (Párr. 415)

“En cuanto a la posible separación familiar por razones migratorias, la Corte recuerda que los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas de inmigración, incluyendo el control del ingreso,

residencia y expulsión de extranjeros [hay nota]. Sin embargo, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia [hay nota]. Al respecto, cabe resaltar que una medida de expulsión o deportación puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y el desarrollo del niñ[a] o la niñ[o], por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial [hay nota]. De este modo, “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño” [hay nota]. Específicamente, la Corte ha mantenido que “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” [hay nota]. Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales [hay nota].” **(Párr. 416)**

“Sin embargo, la Corte considera que el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera per se la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos. Al respecto, cabe señalar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores [hay nota].” **(Párr. 417)**



INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jessica Lenahan (Gonzales) y otros v. Estados Unidos

Fecha del informe	21 de Julio de 2011
Estado parte	Estados Unidos
Voces	Discriminación de la mujer. Violencia doméstica. Violencia contra la mujer. Debida diligencia estatal. Deber especial de protección de niños/as. Evaluación de riesgo. Niños/as víctimas de violencia doméstica. Orden de protección. Violencia inminente. Debida investigación. Derecho a la verdad.
Cita y Vínculo texto íntegro	Com IDH. Jessica Lenahan (Gonzales) y otros. Estados Unidos . Informe del 21 de Julio de 2011. Fondo.

Hechos:

El 23 junio de 1999 se produjo la muerte de las niñas Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, hijas del matrimonio compuesto por Jessica Lenahan y Simón Gonzales. Jessica, de origen indígena e hispano, vivía con su familia en Castle Rock, Colorado. Ese año, tras un intento de suicidio por parte de Simón, y considerando que desde hacía tres años que este había comenzado a adoptar un comportamiento atemorizante y destructivo con su familia, Jessica decidió separarse de él e iniciar los trámites de divorcio. Luego de la separación, Simón siguió manteniendo esa conducta. En tal sentido, ingresaba al hogar por la fuerza, amenazaba a Jessica con secuestrar a las niñas, la obligaba a intercambiar favores sexuales por necesidades básicas y la acosaba fuera de su casa, en su empleo y por teléfono. Asimismo, mostraba un comportamiento suicida y conducía en forma imprudente estando con sus hijas, todo lo cual, en los tres meses anteriores al hecho, fue motivo de denuncias por parte de Jessica y de varios enfrentamientos entre Simón y el Departamento de Policía de Castle Rock.

El 21 de mayo de 1999, Jessica obtuvo una orden de protección temporal emitida por el Tribunal de Distrito del Condado de Douglas, Colorado. Dicha orden, que tenía por beneficiarias a Jessica y sus hijas, excluía a Simón del hogar familiar y le ordenaba que se mantuviera a no menos de 100 metros, a la vez que lo obligaba a no alterar la paz de Jessica y sus hijas. En el reverso, constaban instrucciones dirigidas a los funcionarios policiales a fin de que realizaran todo esfuerzo razonable para proteger a las beneficiarias de la violencia doméstica. El 4 de junio de ese año, el Tribunal asignó carácter permanente a la orden de protección. La misma, otorgó a Jessica la custodia física exclusiva de sus hijas y permitió a Simón una visita con sus hijas a mitad de semana en el horario de la cena, la cual se acordaría entre las partes con una antelación razonable. Durante la noche del 22 y la madrugada del 23 de junio de 1999, la Sra. Lenahan, al desconocer el paradero de sus hijas, mantuvo reiterados contactos con el Departamento de Policía de la ciudad. En los primeros

llamados, durante la mañana, puso en conocimiento a la autoridad de sus temores y de la existencia de la orden de protección. Más tarde, les informó que se había enterado que Simón había llevado a las niñas a otra jurisdicción de Colorado sin su consentimiento. Durante el último llamado, les reiteró que las niñas aún no habían regresado a su casa, lo que la mantenía muy intranquila. La policía minimizó en todo momento la eventual gravedad de la situación. Pasado el mediodía, la Sra. Lenaham arribó al Departamento de Policía llorando y un oficial solicitó el envío de un boletín para la localización de Simón González y su vehículo, aunque este trámite fue extenso y lento. A las 03:25 a.m., Simón arribó al Departamento de Policía y tras un intercambio de disparos con los agentes, resultó herido de muerte. Cuando los funcionarios policiales se acercaron a la parte trasera de la camioneta, descubrieron los cuerpos de las niñas asesinadas a tiros. Posteriormente, se realizaron dos investigaciones. Una de ellas, a cargo de la Oficina de Investigaciones de Colorado, de cuyo informe no surgió qué proyectiles alcanzaron a las niñas, ni tampoco la hora y el lugar de su muerte. La otra, realizada por el Equipo de Incidentes Críticos, en cuyo informe se concluyó que la muerte de las niñas se había producido por disparos recibidos a una distancia extremadamente corta y que no habían sido alcanzadas por los disparos de los agentes policiales, sin aportar mayores fundamentos.

En virtud de lo sucedido, el 23 de enero de 2001, Jessica presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Colorado, instancia de nivel federal, contra el municipio de Castle Rock y varios agentes de policía, al amparo de la cláusula del debido proceso. El Tribunal desestimó el caso. El Tribunal de Apelaciones, por su parte, confirmó una parte del fallo y revirtió otra, al considerar que desde el momento en el que el Tribunal había emitido la orden de protección Jessica tenía derecho a que, en circunstancias específicas, la misma fuera ejecutada por la policía. El 27 de junio de 2005, la Corte Suprema de los Estados Unidos desestimó todas las pretensiones de Jessica sosteniendo que la legislación de Colorado no le otorgaba un derecho personal a que la policía implementara la orden de protección contra Simón, en virtud a una tradición de discreción policial, aún en la implementación de leyes obligatorias.

Examen y decisión:

“La Comisión [...] ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación en base a más de un factor a lo largo de su vida, en virtud de su corta edad, su raza y su origen étnico, entre otros, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia [hay nota]. Las medidas de protección se consideran particularmente críticas en el caso de las niñas, por ejemplo, dado que pueden estar expuestas a un mayor riesgo de violación de sus derechos humanos en razón de dos factores: su sexo y su edad. [...]” (Párr. 113)

“En base a estas consideraciones, la Comisión observa que los Estados están obligados por la Declaración Americana a dar efecto legal a los deberes contenidos en su artículo II. Las obligaciones que establece este artículo comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como componente crucial del deber del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación. De acuerdo con esta obligación, en ciertas circunstancias, el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares.” (Párr. 120)

“La evolución del derecho y de la práctica relacionada a la aplicación del estándar de la debida diligencia en casos de violencia contra la mujer destaca, en particular, cuatro principios. En primer lugar, los órganos internacionales han establecido de forma consistente que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer; un deber aplicable a los actos cometidos por particulares en ciertas circunstancias [hay nota]. En segundo lugar, subrayan el vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la debida diligencia, señalando que el deber de los Estados de enfrentar y responder a la violencia contra la mujer también implica medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este grave problema [hay nota]. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados que se imponen tanto a los hombres como a las mujeres.” (Párr. 126)

“En tercer lugar, destacan el vínculo entre el deber de actuar con la debida diligencia y la obligación de los Estados de garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares,

cuando son objeto de actos de violencia [hay nota]. Cuarto, los sistemas de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional han identificado ciertos grupos de mujeres expuestos a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, debido a formas de discriminación que sufren por más de un factor, como las niñas y las mujeres pertenecientes a ciertos grupos étnicos, raciales y minoritarios; un factor que debe ser considerado por los Estados en la adopción de medidas para prevenir todas las formas de violencia [hay nota].” (Párr. 127)

“El deber de protección estatal vinculado al derecho a la vida se considera especialmente riguroso en el caso de las niñas [hay nota]. Ello deriva, por un lado, de la obligación internacional ampliamente reconocida de otorgar protección especial a los niños y a las niñas, debido a su desarrollo físico y emocional [hay nota]. Por otro, se relaciona al reconocimiento internacional de que el deber de la debida diligencia de los Estados para proteger y prevenir la violencia tiene connotaciones especiales en el caso de las mujeres, debido a la discriminación histórica que han sufrido como grupo [hay nota].” (Párr. 129)

“A la luz de este reconocimiento judicial de riesgo y de la correspondiente necesidad de protección, el Estado estaba obligado a asegurar que su estructura respondiera efectivamente y en forma coordinada para hacer cumplir los términos de esta orden a fin de proteger de daño a las víctimas. Ello requería que las autoridades a las que se confió la ejecución de la orden de protección conocieran de su existencia y sus términos; que entendieran que una orden de protección representa una determinación judicial de riesgo y cuáles eran sus responsabilidades a partir de esta determinación; que entendieran las características del problema de la violencia doméstica; y que estuvieran capacitados para responder a informes de posibles violaciones. Una respuesta adecuada hubiera requerido la existencia de protocolos o directivas y de capacitación sobre cómo implementar las órdenes de protección, y sobre cómo responder a llamadas como las realizadas por Jessica Lenahan.” (Párr. 145)

“La Comisión destaca que todos los Estados tienen una obligación legal de proteger a la mujeres de la violencia doméstica; un problema ampliamente reconocido por la comunidad internacional como una grave violación de los derechos humanos y una forma extrema de discriminación. Esto es parte de su obligación legal de respetar y garantizar el derecho a la no discriminación y a la igual protección de la ley. En principio, esta obligación de ejercer la debida diligencia se aplica a todos los Estados miembros de la OEA.” (Párr. 162)

“Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes, los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas [hay nota]. Las niñas y los niños también son con frecuencia testigos, víctimas y ampliamente perjudicados por el fenómeno [hay nota]. Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica [hay nota]. A menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, sólo son efectivas si son implementadas con diligencia.” (Párr. 163)

“El deber del Estado de aplicar la debida diligencia para actuar en forma expedita a fin de proteger a las niñas de la violación de su derecho a la vida requiere que las autoridades encargadas de recibir las denuncias de personas desaparecidas tengan la capacidad de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra ellas y de actuar de inmediato [hay nota]. [...] Existe un amplio reconocimiento internacional del vínculo estrecho entre la violencia doméstica y la violencia fatal contra las niñas y niños perpetrada por los padres [...]” (Párr. 165)

“Como parte de sus conclusiones, la Comisión observa que, cuando un Estado otorga una orden de protección, ello tiene implicaciones de seguridad para la mujer que solicitó dicha orden, para sus hijos e hijas, y sus familiares. Las órdenes de protección pueden agravar el problema de la violencia derivada de la separación, dando lugar a represalias del agresor contra la mujer y sus hijos e hijas, problema que incrementa la necesidad de que las víctimas reciban protección legal del Estado, luego que se imparte una orden de este tipo. [...]” (Párr. 166)

“La Comisión ha identificado el deber de los Estados partes de adoptar medidas legales para prevenir actos de violencia inminentes como un componente de su obligación de garantizar que las víctimas tengan un acceso adecuado y efectivo a mecanismos de protección judicial [hay nota]. Entre esas medidas judiciales, la Comisión ha identificado las órdenes de protección y su ejecución adecuada y efectiva [hay nota]. De acuerdo con este principio, la inacción del Estado en este caso, al no organizar adecuada y efectivamente su aparato para garantizar la implementación de la orden de protección, también violó el derecho a la protección judicial de Jessica Lenahan y de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales.” **(Párr. 177)**

“La Comisión también considera que, cuando existen fallas, negligencia y/u omisiones de parte del Estado en la protección de las mujeres frente a actos de violencia inminentes, dicho Estado tiene asimismo la obligación de investigar las fallas sistémicas que ocurrieron para evitar su repetición en el futuro. Ello implica una investigación imparcial, seria y exhaustiva de las estructuras del Estado que participaron en la ejecución de la orden de protección, incluyendo una investigación minuciosa de las acciones individuales de los funcionarios públicos involucrados [hay nota]. Los Estados deben responsabilizar a los funcionarios públicos – administrativa, disciplinaria o penalmente – cuando no actúan de acuerdo con la ley [hay nota].” **(Párr. 178)**

“La Comisión ha afirmado el principio de que la capacidad de las víctimas de violencia contra la mujer de acceder a la protección y a recursos judiciales incluye el garantizar la clarificación de la verdad de lo sucedido [hay nota]. Las investigaciones deben ser serias, rápidas, exhaustivas e imparciales, y deben llevarse a cabo de acuerdo con las normas internacionales en este campo [hay nota]. Además, la CIDH ha establecido que el Estado debe demostrar que la investigación ‘no fue producto de una implementación mecánica de ciertas formalidades de procedimiento sin que el Estado busque genuinamente la verdad’ [hay nota]. El Estado es en última instancia responsable de determinar la verdad por iniciativa propia y eso no depende de los esfuerzos propios de la víctima o de sus familiares [hay nota]. De conformidad con su obligación de brindar una protección especial y con el principio de la debida diligencia, esta obligación es particularmente crítica en los casos que implican el derecho a la vida de las niñas [hay nota].” **(Párr. 181)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Marckx v. Belgium

Fecha de sentencia	13 de junio de 1979
Estado parte	Bélgica
Voces	Vínculo natural. Familia protegida. Derecho al respeto a la vida familiar. Distinción entre familia legítima e ilegítima. Distinción entre hijo legítimo e ilegítimo. Discriminación por causa de nacimiento. Protección contra injerencias arbitrarias. Protección social de la madre soltera. Determinación de filiación maternal. Capacidad de recibir propiedad. Derechos hereditarios intestados.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Marckx v. Belgium . Sentencia del 13 de junio de 1979. Aplicación Nº 6833/74.

Hechos:

Alexandra Marckx nació el 16 de octubre de 1973 en Wilrijk, cerca de Antwerpes. Su madre es Paula Marckx, de nacionalidad belga, quien era soltera al momento del nacimiento. Luego del registro del nacimiento en la oficina correspondiente, se dio aviso al juez de paz, de acuerdo a lo requerido por el art. 57 bis del Código Civil belga en el caso de niños “ilegítimos”. La madre (primera peticionaria) de Alexandra (segunda peticionaria) debió comparecer días después ante dicho juez a fin de brindar la información necesaria para la decisión sobre la guarda de la niña, se informó también a la madre de los métodos disponibles para el reconocimiento de su hija y las respectivas consecuencias legales. En dicha audiencia se explicó a la Sra. Marckx ciertas disposiciones del Código Civil, incluido el art. 756, que regula las formas “excepcionales” de herencia (sucesiones “irregulares”).

El 29 de octubre de 1973, Paula Marckx reconoció a su hija de acuerdo con el art. 334 del Código Civil, y devino automáticamente en tutora de la niña (art. 396 bis). El consejo familiar, en el cual se encontraban la hermana y otros parientes cercanos de Paula Marckx bajo la presidencia del juez de paz, fue autorizado a tomar varias medidas legales en interés de Alexandra.

El 30 de octubre de 1974, Paula Marckx adoptó a su hija de acuerdo con el art. 349 del Código Civil. El proceso siguió las previsiones de los artículos 350 a 356 del código, y exigía ciertas investigaciones y representó algunos gastos; este proceso concluyó el 18 de abril de 1975 con una sentencia que confirmó la adopción, cuyo efecto fue retroactivo a la fecha del instrumento de adopción, esto es, el 30 de octubre de 1974.

Al tiempo de la petición a la Comisión, la familia de la Sra. Paula Marckx incluía además de Alexandra, a su propia madre, Sra. Victorine Libot, quien murió en agosto de 1974, y su hermana, Sra. Blanche Marckx.

Las peticionarias se quejan de las previsiones del Código Civil en cuanto establecen la filiación maternal de un niño “ilegítimo” y de los efectos que tiene tal filiación con respecto tanto a la extensión de las relaciones familiares del niño como a los derechos patrimoniales del niño y su madre. Las peticionarias también pusieron en cuestión la necesidad de una madre de adoptar a su hijo si desea aumentar sus derechos.

Examen y decisión:

La primera cuestión a decidirse es si el vínculo natural entre Paula y Alexandra Marckx dio lugar a una familia protegida por el artículo 8.

Mediante la garantía del derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia. La Corte está de acuerdo plenamente con la jurisprudencia establecida por la Comisión sobre un aspecto central, esto es, que el artículo 8 no hace distinción entre la familia “legítima” y la familia “ilegítima”. Tal distinción no sería consonante con la palabra “todo”, y esto está confirmado por el artículo 14 con su prohibición de discriminación por motivos de “nacimiento” en el disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención,. Además, la Corte nota que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera a la mujer soltera y su hijo como una forma de familia que no tiene menos rango que otras formas de familia (Resolución (70) 15 del 15 de mayo de 1970 sobre la protección social de madres solteras y sus hijos, parág. I-10, parág. II-5, etc.).

El artículo 8 así se aplica a la “vida familiar” de la familia “ilegítima” así como se lo hace a la familia “legítima”. Además de ello, no se discute que Paula Marckx asumió la responsabilidad por su hija Alexandra desde el momento de su nacimiento y que continuamente cuidó de ella, lo que hizo que existiera y todavía exista una vida familiar real entre ellas. (...) **(Cf. Párr. 31)**

De acuerdo con la jurisprudencia establecida por este Tribunal, una diferenciación es discriminatoria si “no tiene justificación objetiva y razonable”, esto es, si no persigue un “fin legítimo” o si “no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se quiere alcanzar”. **(Cf. Párr. 33)**

Al concretar la forma planeada de permitir que la vida familiar de una madre soltera y su hijo se desarrollen normalmente, el Estado debe evitar cualquier discriminación por razones de nacimiento: esto es ordenado por el artículo 14 analizado junto con el artículo 8 (art. 14+8). **(Cf. Párr. 34)**

[...] El dilema que existe en el presente caso no es acorde con el “respeto” a la vida familiar; ya que frustra e impide el desarrollo normal de esa vida [...]. [...] las consecuencias desfavorables del reconocimiento en el ámbito de los derechos patrimoniales son en sí mismas contrarias al artículo 14 de la Convención, tomado conjuntamente con el artículo 8 (art. 14+8) y con el artículo 1 del Protocolo Nro. 1 (art. 14+P1-1).

El Tribunal concluye así que ha habido una violación del artículo 8, tomado solo, con respecto a la primera peticionaria. **(Cf. Párr. 36)**

Con respecto a Alexandra Marckx, solo un método para el establecimiento de su filiación material estaba disponible bajo la ley belga, y éste era el inicio de un proceso legal con tal fin (investigación de maternidad: artículos 341^a-341c del Código Civil). Si bien la sentencia declaratoria de la filiación de un hijo “ilegítimo” tiene los mismos efectos de un reconocimiento voluntario, el procedimiento aplicable es, en esencia, mucho más complejo. Independientemente de las cuestiones de prueba que debieron ser satisfechas, el representante legal de un niño necesita del consentimiento del consejo familiar antes de poder llevar adelante, en caso que lo deseara, una acción para una declaración de esa condición; solo luego de alcanzar la mayoría de edad el niño puede llevar adelante dicha acción por sí mismo (ver párrafo 14 arriba). Hay por lo tanto un riesgo de que la determinación de filiación exija mucho tiempo y que, en este lapso de tiempo, el niño permanezca separado legalmente de su madre. Este sistema condujo a una falta de respeto por la vida familiar de Alexandra, quien a los ojos de la ley, fue huérfana de madre desde el 16 hasta el 29 de octubre de 1973. No obstante la brevedad de este período, hubo de esta manera una violación al artículo 8 con respecto a la segunda peticionaria. **(Cf. Párr. 37)**

[...] En la sentencia de la Corte, el hecho de que algunas madres solteras, a diferencia de Paula Marckx, no deseen cuidar de sus hijos, no puede justificar la regla de la ley belga según la cual el establecimiento de su

maternidad es condicionada al voluntario reconocimiento o a una declaración judicial. De hecho, tal actitud no es el patrón general de la relación entre las madres solteras y sus hijos; además, esto no fue reclamado por el gobierno ni dado por las estadísticas presentadas. Como señala la Comisión, puede suceder que también madres casadas pudieran no desear criar a su hijo, y sin embargo, por lo que a ella respecta, el solo nacimiento habrá creado el vínculo legal de la filiación.

Otra vez, el interés de un hijo “ilegítimo” en tener tal vínculo establecido no es menor que el de un hijo “legítimo”. Sin embargo, el hijo “ilegítimo” probablemente permanecerá huérfano de madre a los ojos de la ley belga. Si un hijo “ilegítimo” no es reconocido voluntariamente, tiene solo un recurso, y este es el planteo de una acción para el establecimiento de la filiación material (artículos 341a-341c del Código Civil, véase párrafo 14 arriba). El hijo de una mujer casada también está facultado a plantear tal acción (artículos 326-330), pero en la gran mayoría de los casos los registros en el certificado de nacimiento (artículo 319) o, en su defecto, el constante y fáctico disfrute del estado de hijo legítimo (un estado de posesión de estado constante; artículo 320) hacen que tal acción sea innecesaria. **(Cf. Párr. 39)**

[...] El Tribunal reconoce que el apoyo y fomento de la familia tradicional es en sí mismo legítimo o incluso valioso. Sin embargo, en la persecución de este fin, no se debe recurrir a medidas cuyo objeto o resultado es, como en el presente caso, perjudicar a la familia “ilegítima”; los miembros de la familia “ilegítima” gozan de las garantías del artículo 8 en un mismo pie de igualdad con los miembros de la familia tradicional. **(Cf. Párr. 40)**

[...] Es cierto que al momento en que la Convención el 4 de noviembre de 1950 fue escrita, era visto como permisible y normal en muchos países europeos sentar una distinción en este ámbito entre la familia “legítima” y la “ilegítima”. Sin embargo, el Tribunal recuerda que esta Convención debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales (sentencia Tyrer del 25 de abril de 1978, Serie A, nro 26, p. 15, párr. 31). En el caso presente, el Tribunal no puede sino estar sorprendido por el hecho de que la ley doméstica de la gran mayoría de los Estados Miembro del Consejo de Europa ha evolucionado y continúa evolucionando, en acompañamiento de los instrumentos internacionales relevantes, hacia el reconocimiento jurídico pleno de la máxima “mater Semper certa est”. **(Cf. Párr. 41)**

La distinción demandada, por lo tanto, carece de justificación objetiva y razonable. De acuerdo con esto, la forma de establecerse la filiación maternal de Alexandra Marckx violó, con respecto a ambas peticionarias, el artículo 14 tomado conjuntamente con el artículo 8 (art. 14+8). **(Cf. Párr. 43)**

En opinión del Tribunal, la “vida familiar”, dentro del significado del artículo 8, incluye al menos los vínculos entre los parientes cercanos, por ejemplo aquellos entre abuelos y nietos, ya que dichos parientes pueden cumplir un papel considerable en la vida familiar.

El “respeto” por la vida familiar, así entendido, implica una obligación del Estado a actuar en forma calculada para permitir que estos lazos se desarrollen normalmente (véase, mutatis mutandi, el párrafo 31 arriba). Sin embargo, el desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y su hija a quien ella ha reconocido puede estar obstaculizado si la niña no se hace miembro de la familia de la madre y si el establecimiento de filiación tiene efectos solo entre ellas dos. **(Cf. Párr. 45)**

De esta manera, hay violación del artículo 8, tomado solo, con respecto a ambas peticionarias. **(Cf. Párr. 47)**

[...] El Tribunal no distingue justificación objetiva y razonable para las diferencias de tratamiento que están siendo consideradas. Debe admitirse, que la “tranquilidad” de familias “legítimas” puede a veces verse perturbada si se incluye un hijo “ilegítimo”, a los ojos de la ley, en la familia de la madre en un pie de igualdad con un niño nacido en el matrimonio, pero este no es un motivo que justifique privar a aquel niño de sus derechos fundamentales. El Tribunal también hace referencia, mutatis mutandi, a las razones sentadas en los párrafos 40 y 41 de la presente sentencia.

La distinción contra la que se demanda viola por lo tanto, con respecto a ambas peticionarias, el artículo 14 tomado conjuntamente con el artículo 8. **(Cf. Párr. 48)**

Hasta que fue adoptada (30 de octubre de 1974), Alexandra solo tuvo capacidad para recibir propiedad de Paula Marckx (véase párrafo 49 arriba) lo que se notablemente menos que de lo que hubiera gozado un niño nacido en el seno de una familia. El Tribunal considera que esta diferencia de trato, en favor de la cual el

gobierno no avanzó argumentos especiales, carece de una justificación objetiva y racional; se hace referencia, mutatis mutandi, al párrafo 40 y 41 de arriba. [...] **(Cf. Párr. 55)**

Para resumir, Alexandra Marckx fue víctima de una violación al artículo 14, tomado conjuntamente con el artículo 8 (art. 14+8), a causa tanto de las restricciones a su capacidad de recibir propiedad de su madre como de su falta total de derechos hereditarios intestados sobre los bienes de sus parientes cercanos por vía materna. **(Cf. Párr. 59)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

F. v. Switzerland

Fecha de sentencia	18 de diciembre de 1987
Estado parte	Suiza
Voces	Derecho fundamental al matrimonio. Derecho fundamental a la formación de una familia. Prohibición temporaria de casamiento. Hijo extramatrimonial.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso F. v. Switzerland . Sentencia del 18 de diciembre 1987. Aplicación Nº 11329/85.

Hechos:

El peticionario contrajo matrimonio por primera vez en 1963 y en mayo de 1964 se divorció de su mujer. En 1966 se casó nuevamente. En diciembre de 1978 se separó y en octubre de 1981 obtuvo el divorcio, con la prohibición de volver a casarse durante un año. En febrero de 1983 contrajo terceras nupcias, pero en marzo de ese mismo año comenzó el trámite de divorcio, que se volvió efectivo en diciembre. El tribunal impuso al peticionario una prohibición para contraer matrimonio durante tres años. En 1986 quiso contraer nuevamente matrimonio con una mujer recientemente divorciada. Si bien el juez decidió levantar las medidas que impedían que ella contrajera matrimonio tan pronto, esta decisión no sería efectiva hasta que no cesara la prohibición que recaía sobre el peticionario. Pudieron contraer matrimonio recién en enero de 1987 y al mes siguiente nació el hijo de ambos.

Examen y decisión:

El artículo 12 (art. 12) protege el derecho fundamental de los hombres y mujeres al matrimonio y a formar una familia. El ejercicio de estos derechos da lugar a consecuencias personales, sociales y legales. Si bien está “sujeto a las leyes internas de los Estados Partes”, las “limitaciones así introducidas no deben restringir o reducir el derecho en tal manera que la esencia del derecho sea perjudicada” (ver [Rees v. the United Kingdom](#)) [...]. (Cf. Párr. 32)

El Tribunal reconoce que la estabilidad del matrimonio es un fin legítimo en interés público. Duda, sin embargo, que los medios utilizados fueran apropiados para lograr tal fin [...] (ver [Inze v. Austria](#)).

En todo caso, el Tribunal no puede aceptar el argumento de que la prohibición temporaria de un nuevo casamiento sea establecida para preservar los derechos de otros, especialmente aquellos del futuro cónyuge de una persona divorciada.

[...] Un niño por nacer puede también ser perjudicado por tal prohibición. Ciertamente, el concepto de “hijo ilegítimo” no existe más en la ley Suiza, bajo la que los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio tiene casi la misma posición y los mismos derechos que los niños o niñas nacidos dentro de un matrimonio. Sin embargo, los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio pueden sufrir ciertos prejuicios y por lo tanto encontrarse socialmente condicionados. Aunque en el presente caso el niño nació un mes después del matrimonio de sus padres, la muerte de uno de los padres o la dilación en las formalidades legales, podrían haber sido suficientes para que el niño naciera fuera del matrimonio. **(Cf. Párr. 36)**

En conclusión, la medida en disputa, que afectaba la esencia del derecho al matrimonio, era desproporcionada con el fin legítimo perseguido. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 12 (art. 12). **(Cf. Párr. 40)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hoffmann v. Austria

Fecha de sentencia	23 de junio de 1993
Estado parte	Austria
Voces	Derechos parentales. Guarda. Testigos de Jehová. Discriminación por causa de religión. Interés superior del niño. Derecho a la salud.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Hoffmann v. Austria . Sentencia del 23 de junio de 1993. Aplicación N° 12875/87.

Hechos:

La Sra. Ingrid Hoffmann (la peticionaria), de nacionalidad austríaca, contrajo matrimonio en 1980 con el Sr. S. En aquel tiempo ambos profesaban la religión católica. En 1980 nació su hijo Martin, y en 1982 su hija Sandra, ambos bautizados también como católicos.

Con posterioridad, la peticionaria abandonó la religión católica y se convirtió a Testigo de Jehová.

El 17 de octubre de 1983 la peticionaria presentó una demanda de divorcio, y dejó el hogar conyugal en agosto o septiembre de 1984, mientras duraba el proceso de divorcio, llevando a los dos niños con ella. La sentencia de divorcio se dictó el 12 de junio de 1986.

Luego de la separación, ambos padres reclamaron ante el Tribunal de Distrito de Innsbruck los derechos parentales sobre los niños, y el juzgado dictó sentencia en favor de la madre el 8 de enero de 1986. El Tribunal Regional rechazó el 14 de marzo de 1986 la apelación presentada por el padre. Sin embargo, ante su apelación ante la Corte Suprema, el 3 de septiembre de 1986 el máximo tribunal revocó la sentencia de segunda instancia y concedió los derechos parentales al padre, quien obtuvo así la guarda de los niños.

Examen y decisión:

Al reconocer los derechos parentales (reclamados por ambas partes) a la madre en preferencia sobre el padre, el Tribunal de Distrito de Innsbruck y el Tribunal Regional tuvieron que tratar con la cuestión de si la peticionaria estaba en condiciones de asumir la responsabilidad por el cuidado y crianza de los niños. Al hacer esto, tomaron en cuenta las consecuencias prácticas de las convicciones religiosas de los Testigos de Jehová, incluyendo su rechazo a las fiestas como Navidad y Pascuas que son habitualmente celebradas por

la mayoría de la población austríaca, su oposición a la administración de transfusiones de sangres, y en general su posición como una minoría social que vive de acuerdo a sus propias reglas distintivas. Los Tribunales de Distrito y Regional tuvieron en cuenta la afirmación de la peticionaria en este sentido en cuanto a que estaba dispuesta a permitir a los niños que celebraran las fiestas con su padre, quien permanecía católico apostólico, y permitir la administración de transfusiones de sangre a los niños si y cuando fuera requerido por la ley; también consideraron su relación psicológica con los niños (quienes en ese momento eran muy jóvenes) y la peticionaria y en general su adecuación como guardadora.

Al afirmar los intereses de los niños, la Corte Suprema consideró los posibles efectos en su vida social de estar asociados con una minoría religiosa particular y los peligros anexos al total rechazo de la peticionaria a las transfusiones de sangre no solo para ella sino – en la ausencia de una orden judicial – también para sus hijos; esto es, posibles efectos negativos de su pertenencia a la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová. **(Cf. Párr. 32)**

Esta Corte no niega que, dependiendo de las circunstancias del caso, los factores en los que se basó la Corte Suprema austríaca en apoyo de su decisión podrían ser en sí mismos capaces de inclinar la balanza en favor de uno de los padres más que del otro. Sin embargo, la Corte Suprema también introdujo un nuevo elemento, y este fue la Ley Federal sobre Educación Religiosa de los Niños [...]. Este factor fue claramente decisivo para la Corte Suprema.

El Tribunal Europeo por lo tanto acepta que ha habido una diferencia en el trato y que aquella diferencia tuvo por fundamento la religión; esta conclusión tiene sustento en el tono y texto de las consideraciones de la Corte Suprema con respecto a las consecuencias prácticas de la religión de la peticionaria.

Tal diferencia en el trato es discriminatoria si carece de una “justificación objetiva y razonable”, esto es, si no está justificada por un “fin legítimo” y si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin tenido en vista para ser realizado” (véase, entre otras autoridades, la sentencia *Darby v. Sweden* del 23 de octubre de 1990, Serie A nro. 187, p. 12, párr. 21). **(Cf. Párr. 33)**

El fin perseguido por la sentencia de la Corte Suprema fue legítimo, ya que fue la protección de la salud y los derechos de los niños; ahora lo que debe examinarse es si el segundo requisito también fue satisfecho. **(Cf. Párr. 34)**

En tanto la Suprema Corte austríaca no se apoyó únicamente en la Ley Federal sobre Educación Religiosa de los Niños, sopesó los hechos en forma diferente a los tribunales inferiores, cuyo razonamiento se sustentó más bien en opinión psicológica experta. Independientemente de cualquier posible argumento en contrario, una distinción basada esencialmente en una diferencia solo de religión no es aceptable.

El Tribunal, por lo tanto, no puede aceptar que existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido; por lo tanto ha habido una violación del artículo 8 tomado conjuntamente con el artículo 14 (art. 14+8). **(Cf. Párr. 36)**

[...] La Corte Suprema dio más importancia a los efectos adversos en el bienestar de los niños que podrían resultar de la pertenencia de su madre a la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová. No discriminó por lo tanto, contra la religión de la madre como tal sino solamente tomó en consideración ciertas consecuencias que la pertenencia a esa religión podrían traer sobre el bienestar de los niños, y esto estaría desde mi punto de vista absolutamente legitimado. **(Cf. Párr. 2 de la opinión disidente del juez Matscher)**

La apelación del padre elevada a la Corte Suprema específicamente mencionaba recelo ante una posible transfusión de sangre como la razón para aspirar a la revocación de la orden del tribunal inferior. Ese fue un motivo objetivo que un tribunal podría o no, de acuerdo al caso, considerar como un motivo suficiente para la transferencia de la custodia. Ese no es un asunto sobre el cual este Tribunal pueda usurpar la discrecionalidad del tribunal nacional. La cuestión frente a la Corte Suprema fue la cuestión de la amenaza para la salud de los niños. Al medir la seriedad de la amenaza la Corte Suprema reconoció que la causa de la amenaza era, ciertamente, la nueva visión religiosa de la peticionaria. La razón o los motivos para la creación de la amenaza eran sin embargo secundarios al efecto objetivo de la existencia de la amenaza. Aunque la actitud de la peticionaria no hubiera sido reconducible a una creencia religiosa, la cuestión frente a la corte nacional hubiera permanecido básicamente la misma. El hecho de que la amenaza emergió por una creencia religiosa no compartida por aquellos sobre los cuales podría ser impuesta no crea una situación donde la remoción de

la amenaza debe necesariamente, si acaso, ser considerado como discriminación con fundamento en la creencia religiosa. El deber de la corte nacional era evaluar o sopesar los efectos distinguiéndolos de la causa. **(Cf. Párr. 3 de la opinión disidente del juez Walsh)**

De hecho está claro, en mi opinión, que la decisión de la Corte Suprema no estuvo basada en el hecho único de que la Sra. Hoffmann era Testigo de Jehová, sino fundamentalmente en las consecuencias que esto podría haber tenido para el futuro de los niños. La cuestión seguramente no hubiera surgido en el caso de una religión diferente que no tuviera las características de la de los Testigos de Jehová. Así, el rechazo a recibir transfusión de sangre podría, sea lo que sea que se haya dicho, haber puesto en peligro la salud de los niños e incluso sus vidas. Las peculiaridades de los dogmas de fe de esta religión podrían haber llevado a los niños a quedar apartados de una vida social normal y habrían contribuido a marginalizarlos y a restringir su futuro y su desarrollo. [...]

Por lo tanto, hubiera debido sostenerse que la decisión de la Corte Suprema no fue resultado de una “distinción basada esencialmente en una diferencia solo en la religión”, como la mayoría del Tribunal declaró, sino de una preocupación legítima por proteger el futuro de los niños Hoffmann. **(Cf. Opinión disidente del juez Valticos)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Keegan v. Ireland

Fecha de sentencia	26 de mayo de 1994
Estado parte	Irlanda
Voces	Familia no cohabitante. Derecho a la vida familiar. Protección contra injerencias arbitrarias. Integración del niño y la familia. Derecho a ser cuidado por los padres. Procesos de adopción, guarda y custodia. Colocación en custodia. Consentimiento de los progenitores.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Keegan v. Ireland . Sentencia del 26 de mayo de 1994. Aplicación N° 16969/90.

Hechos:

El peticionario conoció a su novia V. en mayo de 1986. En febrero de 1987 comenzaron a convivir y en diciembre de ese año decidieron tener descendencia. El 14 de febrero del 1988 se comprometieron en matrimonio y el 22 de ese mes se confirmó el embarazo de V. Pero luego de esto la pareja se separó y dejó de cohabitar. En septiembre nació la hija de ambos, S. El peticionario pudo visitar a su hija el día siguiente al nacimiento, pero a las dos semanas, cuando se acercó a la casa de la familia de V., no se le permitió verla. Esto se debía a que, durante su embarazo, V. había tramitado la adopción de S., que en noviembre de ese mismo año fue ubicada con los potenciales padres adoptivos. El 22 de noviembre el peticionario se enteró de esa situación por medio de una carta de V.

En consecuencia, el peticionario comenzó la tramitación del pedido de guarda de su hija, porque por ley, si los progenitores no estaban casados el padre no tenía la guarda salvo que la peticionara. El pedido fue concedido en mayo de 1989. Pero luego de las sucesivas apelaciones de V. y los posibles padres adoptivos, el Tribunal Supremo decidió a principios de los años '90 que remover a la niña de su presente custodia en manos de los potenciales padres adoptivos implicaría para ella un trauma psicológico grande sin ningún beneficio a futuro, ya que abandonaría el seno de una familia "amorosa y cariñosa" para encontrarse en otra más insegura. Consideró entonces que no debía tenerse en cuenta la solicitud del peticionario respecto de la guarda de S. y que por el propio beneficio de la niña, ésta debía permanecer con sus custodios.

Examen y decisión:

El Tribunal recuerda que la noción de “familia” en esta cláusula no está limitada únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y que puede incluir otros vínculos “familiares” de hecho en los que las partes viven juntas fuera del matrimonio (ver [Johnston and Others v. Ireland](#)). Un niño nacido fuera de esa relación es ipso iure parte de esa unidad “familiar” desde el momento de su nacimiento por el simple hecho de haber ocurrido este. Existe allí, por lo tanto, entre el niño y sus padres un lazo que implica una vida familiar incluso si al momento de su nacimiento sus padres ya no cohabitan o su relación ha terminado (ver [Berrehab v. the Netherlands](#)). (Cf. Párr. 44)

En el presente caso, la relación entre el peticionario y la madre de su hija duró dos años, y durante uno de ellos convivieron. Además, la concepción de su hija fue el resultado de una decisión deliberada y también habían planeado casarse. Su relación a ese momento tenía la característica distintiva de una vida familiar según los propósitos del artículo 8 (art. 8). El hecho de que posteriormente se haya roto no altera esta conclusión más allá de lo que lo haría para una pareja legalmente casada y en similar situación. Se sigue de esto que desde el momento del nacimiento de la niña existió entre el peticionario y su hija un lazo que implicaba vida familiar. (Cf. Párr. 45)

El Tribunal recuerda que el objeto esencial del artículo 8 (art. 8) es el de proteger al individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Puede además haber obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto a la vida familiar. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta cláusula no llevan por sí mismos a una definición precisa. Los principios aplicables, sin embargo, son similares. En ambos contextos debe prestarse atención al equilibrio justo que debe darse entre los intereses contrapuestos del individuo y la comunidad en su conjunto; y en ambos contextos el Estado goza de un cierto margen de apreciación (ver [Powell and Rayner v. the United Kingdom](#)). (Cf. Párr. 49)

De acuerdo con los principios establecidos por el Tribunal en su leading case, allí donde se ha establecido la existencia de un vínculo familiar con un niño, el Estado debe actuar de manera calculada para permitir que ese vínculo se desarrolle, y deben crearse garantías legales para hacer posible la integración del niño con su familia desde el momento del nacimiento (ver [Marckx v. Belgium](#) y [Johnston and Others](#)). En este contexto debe hacerse referencia al principio establecido en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, que establece que un niño tiene, hasta donde sea posible, el derecho a ser cuidado por sus padres. Además, es apropiado recordar que el mutuo disfrute de la compañía entre progenitor/a e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar incluso cuando la relación entre los padres ha finalizado (ver [Eriksson v. Sweden](#)). (Cf. Párr. 50)

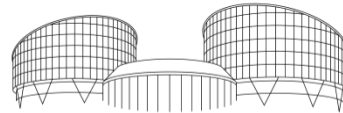
[...] [E]l problema esencial en el presente caso [...] el hecho de que la ley irlandesa permitiera que la hija del peticionario fuera puesta en adopción poco después del nacimiento y sin su conocimiento o consentimiento. Como ya ha sido observado en un contexto similar, cuando un niño es colocado con guardadores alternativos puede con el transcurso del tiempo establecer con ellos nuevos lazos que puede no sea su interés alterar o interrumpir al dar marcha atrás con una decisión previa en relación a su guarda (ver [W. v. the United Kingdom](#)). Tal estado de cosas no solo puso en peligro el propio desarrollo del vínculo entre el peticionario y su hija sino también puso en marcha un proceso que era probable que fuera irreversible, y de este modo colocando al peticionario en una significativa desventaja en su enfrentamiento con los potenciales padres adoptivos por la custodia de la menor.

El Gobierno no ha brindado razones relevantes sobre el bienestar de la hija del peticionario como para justificar este alejamiento de los principios que regulan el respeto por los vínculos familiares. Siendo así, el Tribunal no puede considerar que la interferencia que ha encontrado con el derecho del peticionario a que se respete su vida familiar, abarcando todo el ámbito de las obligaciones del Estado, haya sido necesaria en una sociedad democrática. Hubo entonces una violación del artículo 8 (art.8). (Cf. Párr. 55)

De acuerdo al Tribunal el proceso de adopción debe distinguirse de los procedimientos de guarda y custodia. Como ya ha sido previamente observado, el problema central en el presente caso se relaciona con la colocación de la niña en adopción sin el previo conocimiento y consentimiento del peticionario. El peticionario no tenía ningún derecho bajo la ley irlandesa para cuestionar ni la decisión del Consejo de Adopción o ante

los tribunales o, de hecho, ninguna opinión en el proceso de adopción en general. Su único recurso para impedir la adopción de su hija era el de iniciar procedimientos de guarda y custodia. Para el momento en que estos procedimientos finalizaron el balance concerniente al bienestar de la niña se había inclinado inevitablemente en favor de los potenciales padres adoptivos. En este contexto, no es necesario decidir si el Consejo de Adopción, que según admitió ejerce funciones cuasi judiciales, es un tribunal de acuerdo al artículo 6 párr. 1 (art. 6-1). **(Cf. Párr. 59)**

Hubo por lo tanto una violación de esta cláusula. **(Cf. Párr. 60)**



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Kroon and others v. The Netherlands

Fecha de sentencia	27 de octubre de 1994
Estado parte	Holanda
Voces	Familia no cohabitante. Familia extramarital. Derecho a la vida familiar. Reconocimiento de filiación. Prevalencia de realidad biológica y social. Protección contra injerencias arbitrarias.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH, Caso Kroon and Others v. the Netherlands , Sentencia del 27 de octubre de 1994. Aplicación no. 18535/91.

Hechos:

La Sra. Kroon se casó en 1979 con un ciudadano marroquí, Ali Zerrouk. En 1986 esa unión matrimonial se rompió al desaparecer el marido. Un año después ella tuvo un hijo -Samir-. Para ese entonces ya no convivía con el marido y tampoco con el padre del niño. Posteriormente obtuvo el divorcio y tuvo otros tres hijos a los que inscribió como hijos de su nueva pareja. Esta nueva pareja contribuía económicamente al sostenimiento de todos los niños y procedía a visitarlos con frecuencia, manteniendo una relación extramarital de gran estabilidad con la madre. Sin embargo, ni uno ni otro tenían la menor intención de legalizar su situación ni de vivir juntos. La pareja de la Sra. Kroon decidió reconocer la paternidad del hijo mayor, pero las autoridades le denegaron la autorización, pese a la más que probable posibilidad de que fuera el verdadero padre del menor. El Estado insistió en exigir que la pareja se casara y cohabitara para autorizar el reconocimiento de paternidad, pero ambos rechazaron la posibilidad del matrimonio.

Examen y decisión:

En todos los procedimientos internos se asumió -por todas las partes involucradas, incluyendo al Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios- que la relación en cuestión constituía "vida familiar" y que por tanto el artículo 8 es de aplicación; igualmente fue aceptado por los tribunales holandeses. En cualquier caso, la Corte recuerda que la noción de "vida familiar" recogida en el artículo 8 no se limita o se reduce solamente a las relaciones basadas en la unión matrimonial y debe abarcar otros "lazos familiares" de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (Véase la reciente jurisprudencia, [Keegan v. Ireland](#) de 26 de mayo de 1994, Serie A N. 290, Párr. 44).). Aunque, como regla general, la convivencia puede ser un requisito para una relación, excepcionalmente existen otros factores que también pueden servir para demostrar que una relación tiene suficiente fundamento para crear *de facto* "lazos familiares"; como por ejemplo sucede en este caso en que, desde 1987, nacieron cuatro hijos entre la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk. Un niño nacido de tal relación es parte de esa "unidad familiar" *ipso iure* desde el momento de su nacimiento y por el hecho de serlo (Véase, [Keegan v. Ireland](#) de 26 de mayo de 1994). Por lo tanto, existe entre Samir y

el Sr. Zerrouk un lazo que asciende y se constituye como vida familiar, cualquiera que sea la contribución de éste al cuidado y la crianza de su hijo. Por lo tanto, es de aplicación el artículo 8. **(Cf. Párr. 30)**

La Corte reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra la arbitrariedad de las autoridades públicas. Además, pueden llegar a existir obligaciones positivas inherentes al efectivo "respeto" de la vida familiar. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas que tiene el Estado bajo esta disposición no se prestan a una definición precisa. No obstante, los principios aplicables son similares. En ambos contextos debe llegarse a un equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad en su conjunto; y en ambos contextos el Estado goza de un cierto margen de apreciación (véase, [Keegan v. Ireland](#) de 26 de mayo de 1994, párr. 49). **(Cf. Párr. 31)**

De acuerdo con los principios establecidos por la Corte en su jurisprudencia, en aquellos casos donde se ha establecido la existencia de un parentesco con el niño, el Estado debe actuar de una manera acorde para permitir que los vínculos puedan desarrollarse y gozar de las garantías judiciales que le corresponden, desde el momento del nacimiento o tan pronto como sea posible para la integración de los niños en su familia (véase, *mutatis mutandis*, la citada sentencia [Keegan v. Ireland](#), de 26 de mayo de 1994, párr. 50). **(Cf. Párr. 32)**

En opinión de la corte, el "respeto" por la "vida familiar" requiere que la realidad biológica y social prevalezcan sobre una presunción jurídica que, como en el presente caso, va en contra de los objetivos y deseos de los interesados sin beneficiar realmente a alguien. En consecuencia, la Corte concluye que, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado, Holanda pudo garantizar a los peticionarios el "respeto" de su vida familiar a la cual tienen derecho bajo el Convenio. En consecuencia ha habido una violación del artículo 8 de la misma. **(Cf. Párr. 40)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

E. and Others v. the United Kingdom

Fecha de sentencia	26 de noviembre de 2002
Estado parte	Reino Unido
Voces	Riesgo de abuso sexual y físico. Incapacidad de cuidado. Servicios sociales. Monitoreo. Falta de investigación. Acceso a revisión judicial. Vulnerabilidad por causa de edad.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso E. and others v. the United Kingdom . Sentencia del 26 de noviembre de 2002. Aplicación Nº 33218/96.

Hechos:

Los peticionarios E., H., L. y T., hermanos, nacieron respectivamente en los años 1960, 1961, 1963 y 1965. E., L., y T. son mujeres, y H. varón. Luego de la muerte de su padre, en 1965, su madre convivió con W.H., y de esta relación nacieron dos hijos.

Debido a las dificultades de salud de la madre (esclerosis múltiple no diagnosticada), la familia fue conocida en el ámbito de los servicios sociales a partir de 1970 aproximadamente, básicamente por las dificultades financieras que padecía el grupo familiar. Se advertía que en ocasiones los niños faltaban al colegio para ayudar a la madre con tareas domésticas y recados, debido a la dificultad de movimientos de ella. No obstante estas alertas, hasta el año 1976 frente a los servicios sociales la madre aparecía como buena cuidadora y los niños no presentaban problemas de conducta.

Desde el año 1976 surgieron problemas de conducta (consumos de drogas, fugas de hogar, inasistencia a la escuela) en diversos momentos, y en forma alternada por parte de los peticionarios. En 1977 se presentaron denuncias por parte de E. y de L. contra W.H. por abusos sexuales en distintas ocasiones. Se dispuso una probation. W.H. volvió sin embargo a vivir con la familia. Los informes de las constantes visitas de trabajadores sociales al hogar se referían una y otra vez a la situación económica y de salud de la madre, cada vez más decadente, pero no al pasado de abuso sexual ni a la situación de riesgo en que vivían los peticionarios - W.H. continuaba viviendo en la casa, a pesar de haber sido ordenado lo contrario-. Por miedo al esposo de su madre, los peticionarios no se animaban a contar las permanentes situaciones de abuso sexual y golpizas que sufrían en forma permanente, continuaron faltando a la escuela y huyendo de la casa en forma reiterada. Hasta el año 1981, en la madre falleció, el estado del hogar continuó empeorando, así como la situación particular de los peticionarios. En 1984 T. dejó la casa estando embarazada, y solo en febrero de 1988 en

conversaciones con su asistente social, con quien tenía trato por sus dificultades económicas, dio a conocer que había sido abusada sexualmente en el pasado.

Siguiendo consejo profesional, los peticionarios E., L. y T. reportaron en noviembre de 1988 a la policía la historia de abuso por parte de W.H. En 1989 W.H. fue encontrado culpable y condenado por actos graves de indecencia contra E. (entre octubre de 1967 y octubre de 1972) y por otros actos contra ella (entre septiembre de 1976 y octubre de 1976); por serios actos de indecencia contra L. (entre julio de 1968 y diciembre de 1974); y por actos similares contra T. (entre agosto de 1974 y agosto de 1978). Tales actos incluían abusos sexuales sin y con acceso carnal, golpes y humillaciones.

Entre 1992 y 1993 los peticionarios demandaron compensación de acuerdo al Esquema de Compensación por Injurias Penales por el abuso sufrido. E. demandó por alrededor de 10 años de abuso; recordó entre otras cosas haber recurrido en cierta ocasión a los servicios sociales para informar que W.H. continuaba viviendo en la casa familiar aunque no debía hacerlo, y que no hubo reacción alguna por parte de los servicios sociales. H. aseveró que había sufrido abuso físico, agresiones y amenazas de violencia desde 1967. L., por su parte, demandó compensación por el abuso sexual y psicológico sufrido prácticamente a diario entre 1969 y 1979 (cuando ella abandonó el hogar). T., finalmente, demandó por el abuso sexual y físico sufrido en similares condiciones a las de sus hermanas entre 1971 y 1989. Estas demandas fueron rechazadas por no haber sido presentadas dentro de los tres años de haberse producido los hechos.

Examen y decisión:

La cuestión que se plantea, por lo tanto, es si la autoridad local (actuando a través de su Departamento de Servicios Sociales) advirtieron, o hubieran debido advertir que los peticionarios estaban sufriendo o en riesgo de sufrir abuso y, en este caso, si tomaron las medidas razonablemente disponibles para ellos para protegerlos de tal abuso. **(Cf. Párr. 92)**

El Tribunal da por probado que con estos elementos los servicios sociales hubieran debido advertir que la situación en la familia revelaba una historia de pasado de abuso sexual y físico por parte de W.H. y que, sin consideración de la orden de probation, él continuó teniendo contacto estrecho con la familia, incluidos los niños. Incluso si los servicios sociales no advirtieron que él estaba infligiendo abusos en ese momento, hubieran debido advertir que los niños permanecían en riesgo potencial. El hecho de que al momento relevante no había conocimiento (que sí hay ahora) de la prevalencia de, y de la persistencia de niños victimizados por ofensas sexuales dentro de la familia, no es significativo en este caso, en el cual, como anfatizan los peticionarios, los servicios sociales sabían que había habido incidentes de abusos sexuales que resultaron en delitos penales y que estaban bajo la obligación de monitoreo de la conducta del ofensor luego de la condena. **(Cf. Párr. 96)**

Los servicios sociales fallaron en la toma de medidas que les hubieran permitido descubrir el alcance exacto del problema y, potencialmente, prevenir que futuros abusos tuvieran lugar. [...]. **(Cf. Párr. 97)**

El Tribunal recuerda que el gobierno argumentó que independientemente de cualquier reconocimiento no se advierte que las consecuencias del problema hubieran sido diferentes, en otras palabras, que una plena cooperación y comunicación entre las autoridades obligadas a proteger a los peticionarios y que un monitoreo y supervisión de la familia más cercanos no hubieran necesariamente revelado ni prevenido el abuso. El test bajo el artículo 3, sin embargo, no exige que sea evidenciado que “si no hubiera sido por” la falla u omisión de la autoridad pública el maltrato no hubiera ocurrido. Una falla en la toma de medidas razonablemente disponibles que hubieran podido tener una perspectiva real de alterar el resultado o de mitigar el daño es suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado. **(Cf. Párr. 99)**

El Tribunal entiende que el patrón de falta de investigación, comunicación y cooperación expuesto por parte de las autoridades relevantes en este caso debe considerarse como que tuvo una influencia significativa en el curso de los acontecimientos y que la administración apropiado y efectivo de sus responsabilidades podría, juzgado esto razonablemente, podido tener la expectativa de impedir, o al menos, minimizar el riesgo o el daño sufrido. **(Cf. Párr. 100)**

Ha habido en este caso, por lo tanto, una violación al artículo 3 con respecto a los peticionarios. **(Cf. Párr. 101)**

En lo que hace a la pretendida falla por parte de las autoridades en la protección de personas respecto de los actos de otras, el artículo 13 no siempre requeriría que las autoridades asuman la responsabilidad de la investigación de las alegaciones. Sin embargo, deberían estar accesibles para la víctima o la familia de la víctima un mecanismo para el establecimiento de cualquier responsabilidad de oficiales o cuerpos estatales por actos u omisiones que podrían involucrar una violación de sus derechos bajo esta Convención. Más aun, en el caso de una violación de los artículos 2 y 3 de la Convención, que se colocan como las provisiones más fundamentales de la Convención, debería estar disponible en principio la compensación por los daños no pecuniarios emergentes de la violación, como parte del espectro de revisiones [hay nota]. **(Cf. Párr. 110)**

En el presente caso, el Tribunal ha encontrado que el gobierno incumplió sus obligaciones bajo el artículo 3 de la Convención de adoptar las medidas razonables para proteger a los peticionarios de trato inhumano y degradante. Los reclamos de los peticionarios al respecto son por lo tanto “justificables” a los fines del artículo 13 [hay nota]. **(Cf. Párr. 111)**

[...] Si se actuara en el presente, los peticionarios podrían, al menos tendrían motivos razonables para hacerlo, interponer una demanda por el deber de cuidado bajo la ley nacional, reforzada por la capacidad bajo la Ley de Derechos Humanos de confiar directamente en las provisiones de la Convención. El Tribunal no considera que éste haya sido el caso en el momento relevante para los hechos de 1996. Mientras que el gobierno también ha hecho referencia a la posibilidad de procedimientos de revisión judicial, esto solo hubiera estado disponible para desafiar las acciones de los servicios sociales en el tiempo en que ocurrieron. Los peticionarios, de niños, no estaban en una situación que les permitiera plantear tal revisión. **(Cf. Párr. 115)**

El Tribunal, por lo tanto, entiende que los peticionarios no tuvieron a su disposición los medios para obtener una decisión sobre sus demandas de que la autoridad local no los había protegido contra trato inhumano y degradante. A este respecto, ha habido una violación del artículo 13 de la Convención. **(Cf. Párr. 116)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Kutzner v. Germany

Fecha de sentencia	26 de febrero de 2002
Estado parte	Alemania
Voces	Derecho a la vida familiar. Disfrute mutuo de convivencia entre padres e hijos. Adopción. Injerencia arbitraria. Ambiente favorable al niño. Cuidado de padres biológicos. Medidas de apoyo. Separación entre padres e hijos. Reunificación familiar. Interés superior del niño.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Kutzner v. Germany . Sentencia del 26 de febrero de 2002. Aplicación N° 46544/99.

Hechos:

Los peticionarios, Ingo y Annette Kutzner, alemanes, nacieron en 1966 y 1968 respectivamente. Están casados y tienen dos hijas, Corinna, nacida en 1991, y Nicola, nacida en 1993.

El matrimonio y sus hijas han vivido desde el nacimiento de la primera de ellas con los padres del Sr. Kutzner y con un hermano soltero de éste, en una granja. Los peticionarios asistieron a una escuela especial para personas con dificultades de aprendizaje.

Por su tardío desarrollo físico y mental, las niñas fueron examinadas en distintas ocasiones por especialistas médicos. Por consejo de uno de ellos, las niñas recibieron desde temprana edad, asistencia y apoyo educativo.

Entre octubre de 1995 y mayo de 1996, la Sra. Klose, trabajadora social, visitó la familia de los peticionarios en su hogar. Las relaciones entre los peticionarios y la asistente social no fueron buenas, lo que sería la causa de que sus informes sobre la familia resultaran desfavorables. En este informe se resaltaban aspectos negativos tales como las deficiencias intelectuales de los peticionarios, conflictos entre los miembros de la familia, y el hecho de que al menos en el inicio, ella era observada por la familia.

El 27 de mayo de 1997 el Tribunal de Guarda de Bersenbrück revocó el derecho parental de los peticionarios sobre sus dos hijas y ordenó su ubicación con padres sustitutos, arguyendo que los peticionarios no tenían la capacidad intelectual requerida para criar a sus hijas, así como sobre el fundamento de que las niñas estaban muy retrasadas en su desarrollo mental y físico y que los peticionarios no habían colaborado suficientemente con los servicios sociales.

El 29 de enero de 1998 el Tribunal Regional de Osnabrück, con base en dos informes periciales – uno que destacaba el retardo mental de los padres y el segundo su subdesarrollo emocional –, confirmó la decisión del Tribunal de Guarda.

Las niñas fueron ubicadas en hogares sustitutos no identificados y fueron impuestas restricciones a los derechos de visita de los padres. Los peticionarios no pudieron ver a sus hijas durante los primeros seis

meses; luego pudieron ver a sus hijas ante la presencia de terceros una hora por mes, y luego dos horas por mes.

Examen y decisión:

El disfrute mutuo entre padre e hijo de su recíproca compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar [hay nota]. **(Cf. Párr. 58)**

Por lo tanto, no hay duda – y el gobierno no rechaza – que las medidas aludidas en el presente caso (la ubicación continua de las niñas en hogares adoptivos y las restricciones impuestas al contacto entre los peticionarios y sus hijas) alcanza el grado de una “injerencia” en los derechos de los peticionarios al respeto de su vida familiar. **(Cf. Párr. 59)**

El Tribunal comienza por resaltar que el hecho de que el niño pueda ser colocado en un ambiente más favorable para su crecimiento no justifica en sí mismo una medida compulsiva de remoción del cuidado de sus padres biológicos; deben existir otras circunstancias que indiquen la “necesidad” de tal injerencia en los derechos de los padres bajo el artículo 8 de la Convención a disfrutar de la vida familiar con su hijo [hay cita]. **(Cf. Párr. 69)**

De acuerdo con esto, aunque las medidas de apoyo educativo tomadas inicialmente luego demostraron ser inadecuadas, es cuestionable si las autoridades domésticas administrativas y judiciales han considerado suficientemente medidas adicionales de apoyo como una alternativa a la que es por lejos la medida más extrema, o sea, la separación de los niños de sus padres. **(Cf. Párr. 75)**

El Tribunal además reitera que una orden de custodia en principio debería ser considerada como una medida temporaria, para ser discontinuada tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida implementando custodia temporaria debería ser consecuente con el objetivo último de reunificación de los padres naturales y el niño [hay cita]. El deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible comenzará a pesar sobre las autoridades responsables con una fuerza creciente desde el inicio del periodo de custodia, sujeto siempre a su balance contra el deber de considerar el mayor interés del niño [hay cita]. **(Cf. Párr. 76)**

Teniendo en cuenta el hecho de que los niños eran muy pequeños, dificultar el contacto en esa manera e imponer tales restricciones sobre los derechos de visita, en opinión de este Tribunal, solo podría traer como consecuencia el aumento de la “alienación” de los niños (*Entfremdung*) respecto de sus padres y entre ellos mismos. **(Cf. Párr. 79)**

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal entiende que aunque las razones en las que se basaron las autoridades domésticas y tribunales fueron relevantes, fueron sin embargo insuficientes para justificar una injerencia tan seria en la vida familiar de los peticionarios. Independientemente del margen de apreciación de las autoridades, la injerencia fue por lo tanto desproporcionada a los fines legítimos perseguidos. **(Cf. Párr. 81)**

En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 de la Convención. **(Cf. Párr. 82)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Mikulić v. Croatia

Fecha de sentencia	7 de febrero de 2002
Estado parte	Croacia
Voces	Proceso sobre estado civil y capacidad. Necesidad de diligencia especial. Duración. Proceso de filiación. Identidad del padre biológico. Acción de paternidad. Familia extramarital. Derecho a la vida privada. Prueba de ADN. Derecho a la identidad. Obligaciones positivas y negativas. Interés superior del niño.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Mikulić v. Croatia . Sentencia del 7 de febrero de 2002. Aplicación N° 53176/99.

Hechos:

El 25 de noviembre de 1996 nació una niña, hija de una mujer soltera. El 20 de enero de 1997 la niña (la peticionaria) y su madre iniciaron acciones para el reconocimiento de la paternidad de H.P. Desde entonces y hasta el año 2000 el tribunal llamó a varias audiencias y citas para la prueba de ADN, pero H.P. nunca se presentó. El 12 de julio del 2000 el tribunal dio por concluido el juicio en el que se estableció la paternidad de H.P. y su deber de pagar alimentos. Ante la apelación de H.P., en abril del 2001 se revocó la sentencia y se remitió para un nuevo juzgamiento en primera instancia. A mediados de noviembre de ese año se dictó nueva sentencia con igual resultado. Pero H.P. apeló el monto de los alimentos y la sentencia, cuestión pendiente de resolución.

Examen y decisión:

El Tribunal reitera que en casos relacionados con el estado civil y la capacidad se requiere particular diligencia (ver *Bock v. Germany*). En vistas de lo que estaba en juego para la peticionaria en el caso, esto es, su derecho a que se estableciera o refutara la paternidad y por lo tanto eliminar su incertidumbre en cuanto a la identidad de su padre biológico el Tribunal considera que las autoridades nacionales competentes debían actuar con particular diligencia de acuerdo al artículo 6.1, asegurando el progreso de los procedimientos. **(Cf. Párr. 44)**

De acuerdo al criterio establecido en su leading case y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el Tribunal considera que la duración de los procedimientos, que están todavía pendientes, no satisficieron el requerimiento de tiempo de duración razonable. Hubo por lo tanto una violación del artículo 6.1 del Convenio. **(Cf. Párr. 46)**

En lo que respecta a las acciones de paternidad, el Tribunal sostuvo en numerosas ocasiones que tales procedimientos están comprendidos dentro del ámbito del artículo 8 (ver [Rasmussen v. Denmark](#) y [Keegan v. Ireland](#)). En este sentido, el Tribunal ha sostenido que la noción de “vida familiar” del artículo 8 no está confinada únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio sino que también incluye otros lazos familiares de hecho cuando hay presente suficiente unidad (ver [Kroon and Others v. the Netherlands](#)). (Cf. **Párr. 51**)

El presente caso difiere de los casos de paternidad citados anteriormente ya que no se ha establecido ningún lazo familiar entre la peticionaria y su presunto padre. Sin embargo, el Tribunal reitera que el artículo 8, por su parte, no solo protege a la vida familiar sino también la vida privada. (Cf. **Párr. 52**)

La vida privada, en opinión del Tribunal, incluye la integridad física y psicológica de una persona y puede algunas veces incluir aspectos de la identidad física y social de un individuo. El respeto por la “vida privada” debe también comprender hasta cierto grado el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos (ver [Niemietz v. Germany](#)). Pareciera que, además, no existieran razones de principio por las que la noción de “vida privada” debiera tomarse para excluir la determinación de la relación legal entre un niño/a nacido/a fuera del matrimonio y su padre biológico. (Cf. **Párr. 53**)

El Tribunal ha sostenido que el respeto por la vida privada requiere que todos deberán ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de un individuo a tal información es de importancia por sus implicancias formativas en su personalidad (ver [Gaskin v. the United Kingdom](#)). (Cf. **Párr. 54**)

El Tribunal recuerda que si bien el objetivo esencial del artículo 8 es el de proteger al individuo frente a la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, no solamente obliga al Estado a abstenerse de esa interferencia: además de esta obligación negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada o de la vida familiar. Estas obligaciones pueden involucrar la adopción de medidas diseñadas para asegurar el respeto por la vida privada incluso en la esfera de las relaciones de individuos entre sí (ver [X and Y v. the Netherlands](#) y [Botta v. Italy](#)). (Cf. **Párr. 57**)

Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado de acuerdo con el artículo 8 no llevan por sí mismas a una definición precisa. Los principios aplicables son, sin embargo, similares. Para determinar si tal obligación existe o no, debe prestarse atención al balance justo entre que debe surgir entre el interés general y los intereses de los individuos; y en ambos contextos el Estado goza de un cierto margen de apreciación (ver [Keegan v. Ireland](#) y [M.B. v. the United Kingdom](#)). (Cf. **Párr. 58**)

De acuerdo al Tribunal, las personas en la situación de la peticionaria tienen un interés vital, protegido por el Convenio, en recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un importante aspecto de su identidad personal. Por el otro lado, debe tenerse en cuenta que la protección de terceras personas puede excluir la posibilidad de que sean compelidas a realizarse pruebas de cualquier tipo, incluyendo las de ADN. Los Estados partes del Convenio tienen diferentes soluciones para el problema que surge cuando un padre putativo se reusa a cumplir con las órdenes de los tribunales para realizarse pruebas que son necesarias para establecer los hechos. En algunos Estados los tribunales pueden multar o detener a la persona en cuestión. En otros, la falta de cumplimiento de la orden del tribunal puede crear la presunción de paternidad o constituir un desprecio por el tribunal, lo que puede implicar la persecución penal.

Un sistema como el croata, que no posee medios para obligar al presunto padre a cumplir con la orden del tribunal de realizarse un test de ADN, puede en principio ser considerado compatible con las obligaciones que derivan del artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado.

El Tribunal considera, sin embargo, que bajo tal Sistema el interés del individuo en la búsqueda del establecimiento de la paternidad debe ser garantizado cuando la paternidad no puede establecerse por medio de un test de ADN. La falta de cualquier medida procesal que obligue al presunto padre a cumplir la orden del tribunal solo es compatible con el principio de proporcionalidad si proporciona medios alternativos que permitan que una autoridad independiente determine rápidamente la paternidad reclamada. Tal procedimiento no existía en el presente caso (ver [Gaskin v. the United Kingdom](#)). (Cf. **Párr. 64**)

Además, para resolver una acción de paternidad los tribunales deben prestar atención al principio básico del interés superior del niño. El Tribunal encuentra que el proceso existente no resulta en un balance justo entre el derecho de la peticionaria de eliminar la incertidumbre respecto a su identidad sin una demora innecesaria y el derecho de su supuesto padre de no someterse a una prueba de ADN, y considera que la protección del interés en cuestión no es apropiada. **(Cf. Párr. 65)**

En consecuencia, la ineficiencia de los tribunales ha colocado a la peticionaria en un estado de prolongada incertidumbre respecto a su identidad personal. Las autoridades croatas entonces no han garantizado a la peticionaria el respeto a su vida privada al que tiene derecho de acuerdo al Convenio. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 66)**

Observaciones: En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal en el caso [Elsholz v. Germany](#). Sentencia del 13 de julio de 2000. Aplicación N° 25735/94.



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Wallová et Walla c. République Tchèque

Fecha de sentencia	26 de octubre de 2006
Estado parte	República Checa
Voces	Convivencia de padres e hijos. Derecho a la vida familiar. Protección contra injerencias arbitrarias. Institucionalización de niños. Separación de padres e hijos. Separación por causa de escasez material. Protección de los lazos familiares. Rol de las autoridades de protección social.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Wallová et Walla c. République tchèque . Sentencia del 26 de octubre de 2006. Aplicación Nº 23848/04.

Hechos:

La pareja de peticionarios tenía cinco hijos. En septiembre del 2000, luego del nacimiento del niño menor, se ordenó una medida de vigilancia de los niños con el objetivo de brindarles un rápido acceso a una vivienda adecuada, que los padres no podían brindarle por la ausencia de recursos económicos y de trabajo. En noviembre de ese año la autoridad social ordenó una medida provisoria para ubicar a los niños en instituciones de asistencia educativa: los tres mayores estaban en un establecimiento y los dos menores en otro distinto. Esta medida fue confirmada el primero de marzo del 2001 por un tribunal. El 21 de marzo del siguiente año el tribunal sostuvo que no era necesario el consentimiento de los peticionarios para dar en adopción a los dos niños menores; se alegó que durante al menos seis meses los padres no habían mostrado interés en ellos ya que no les habían enviado regalos, no se habían hecho cargo de su obligación alimentaria y no habían procurado encontrar una vivienda adecuada. El 18 de abril un tribunal nuevamente decidió confiar la guarda de los cinco niños a una institución de asistencia educativa. A fines de junio se permitió a los peticionarios que recibieran a sus tres hijos mayores durante una parte de las vacaciones escolares y durante Navidad. El 20 de noviembre los padres interpusieron un recurso constitucional. El 28 de enero de 2003 el Tribunal Constitucional anuló la decisión del 21 de marzo de 2001. El 29 de marzo de 2004 una pareja M., demandó la guarda de los niños más pequeños, que le fue concedida a pesar de la apelación de los peticionarios. Así, para visitar a sus hijos, los padres debían ponerse de acuerdo con la pareja M. Finalmente, el 9 de noviembre de 2005 un tribunal confió los hijos mayores a los peticionarios y la apelación de la autoridad social no fue aceptada. Fue considerada cosa juzgada en marzo de 2006. Los dos niños más pequeños permanecieron con la familia de acogida.

Examen y decisión:

De acuerdo a la jurisprudencia constante del Tribunal, para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar (ver [Kutzner c. Allemagne](#)) y las medidas internas que se los impide constituyen una injerencia en el derecho protegido por el Convenio (ver [K. et T. c. Finlande](#)). Tal injerencia desconoce el artículo 8 salvo que, “prevista por una ley”, persiga uno de los fines legítimos de acuerdo al segundo párrafo de esta disposición y que sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos. La noción de “necesidad” implica una injerencia fundada en una necesidad social imperiosa y particularmente proporcionada con el fin legítimo buscado (ver [Couillard Maugery c. France](#)). **(Cf. Párr. 68)**

En el caso, no se presta a controversia ante el Tribunal que la institucionalización de los niños se analiza como una “injerencia” en el ejercicio de los peticionarios al respeto de su vida familiar [...]. **(Cf. Párr. 69)**

Para evaluar la “necesidad” de la medida litigiosa “en una sociedad democrática”, el Tribunal considerará si, a la luz del conjunto de los hechos, los motivos invocados en apoyo de esta eran suficientes y pertinentes a los fines del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio. Con este propósito, tendrá en cuenta el hecho de que la separación de una familia constituye una injerencia muy grave; una medida tal debe entonces reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y que tengan gran peso y solidez (ver [Scozzari et Giunta c. Italie](#)) [...]. **(Cf. Párr. 70)**

[...] [E]l Tribunal recuerda que el hecho de que un niño pueda ser acogido en un contexto más propicio para su educación no puede justificar por sí que se lo sustraiga por la fuerza del seno de sus parientes biológicos; tal injerencia en el derecho de los progenitores, de acuerdo al artículo 8 del Convenio, a gozar de una vida familiar con sus hijos debe ser además “necesaria” en razón de otras circunstancias (ver [K. et T. c. Finlande](#) y [Kutzner c. Allemagne](#)). Asimismo, el artículo 8 establece las obligaciones positivas para el Estado inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar. Así, allí donde la existencia de un lazo familiar se encuentra establecido, el Estado debe en principio buscar la manera de permitir que ese vínculo se desarrolle y tomar las medidas propias para reunir a los progenitores y niños afectados (ver [Kutzner c. Allemagne](#)). **(Cf. Párr. 71)**

[...] Si bien es cierto que en ciertos casos declarados inadmisibles por el Tribunal, la ubicación de los niños en establecimientos públicos estuvo motivada por las condiciones de vida insatisfactoria o las privaciones materiales, esta jamás constituía el solo motivo que sirva de base a la decisión de los tribunales nacionales, sino que otros elementos tales como las condiciones psíquicas de los progenitores o su incapacidad afectiva, educativa y pedagógica se agregaban (ver [Rampogna et Murgia c. Italie](#) y [M.G. et M.T.A. c. Italie](#)). **(Cf. Párr. 72)**

El Tribunal estima que, para respetar en el caso la exigencia de proporcionalidad, las autoridades checas deberían haber considerado otras medidas menos radicales que la colocación de los niños en establecimientos públicos. En efecto, el Tribunal considera que el rol de las autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas con dificultad que no tienen los conocimientos necesarios del sistema, de guiarlos en sus decisiones y aconsejarlos, entre otras, en cuanto a los diferentes tipos de subsidios sociales, las posibilidades de obtener una vivienda social o en cuanto a otros medios de superar sus dificultades [...]. **(Cf. Párr. 74)**

Observando el conjunto de elementos, el Tribunal considera que si bien las razones invocadas por las autoridades y jurisdicciones nacionales eran pertinentes, no eran suficientes para justificar esta grave injerencia en la vida familiar de los peticionarios como era la colocación de sus hijos en establecimientos públicos. Además, no resulta de los hechos de la causa que las autoridades de la protección social hayan desplegado esfuerzos serios en vistas a ayudar a los peticionarios a superar sus dificultades y reunirse con sus hijos lo más pronto posible. **(Cf. Párr. 78)**

Por lo tanto, hubo una violación del artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 79)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Evans v. The United Kingdom

Fecha de sentencia	10 de abril de 2007
Estado parte	Reino Unido
Voces	Derecho a la vida privada. FIV. Decisión de paternidad y maternidad genéticas. Uso de embriones. Consentimiento. Protección contra injerencias arbitrarias. Embrión no reviste calidad de persona.
Cita y vínculo de texto íntegro	TEDH. Caso Evans v. The United Kingdom , Sentencia del 10 de abril de 2007. Aplicación N.º. 6339/05.

Hechos:

El 12 de julio de 2000 la peticionaria, Natalia Evans, y su pareja, Sr. J., comenzaron un tratamiento médico de reproducción asistida en una clínica especializada. El 10 de octubre de 2001 la pareja fue informada de que las pruebas preliminares revelaron en la peticionaria serios tumores pre-cancerígenos en ambos ovarios, los cuales deberían ser removidos. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV). Durante la consulta una enfermera les explicó que debían expresar su consentimiento sobre la realización del tratamiento y que, de acuerdo lo previsto en la Ley de 1990 de fecundación y embriología, cada uno podría retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no fuesen implantados en el útero, retiro que conllevaría la destrucción de éstos.

En mayo de 2002 se produjo la ruptura de la relación, luego el Sr. J. escribió a la clínica notificando la separación y solicitando la destrucción de los embriones. La clínica notificó a la peticionaria el retiro del consentimiento del Sr. J. e informó que se encontraban bajo la obligación legal de destruir los embriones.

Ante esta situación la Sra. Evans comenzó un procedimiento interno a fin de restaurar el consentimiento para el uso y almacenamiento de los embriones. El juez sostuvo que un embrión no reviste la calidad de persona, por lo que no cuenta con derechos propios. En igual sentido, sostuvo que el derecho a la vida familiar de la peticionaria no fue vulnerado. La peticionaria apeló la decisión sin obtener respuesta favorable.

Examen y decisión:

No es disputada por las partes la aplicación del Artículo 8 y que el caso concierne el derecho de la peticionaria sobre el respeto de su vida privada. La Gran Sala está de acuerdo con la Sala respecto a que la “vida privada”, que es un término amplio que abarca, inter alia, aspectos de la identidad física y social individual

incluyendo el derecho a la autonomía, el desarrollo personal y el establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (ver [Pretty v. The United Kingdom](#)), incorpora el derecho de respetar ambas decisiones sobre convertirse o no en progenitor. **(Cf. Párr. 71)**

Debe observarse, no obstante, que la peticionaria no reclama su impedimento de convertirse en madre en un sentido social, legal o físico, ya que no hay una regla de ley interna o práctica que la detenga en la adopción de un niño o incluso en la posibilidad de dar a luz un niño originalmente concebido in vitro con gametos donados. El reclamo de la peticionaria es, precisamente, que la disposición sobre el consentimiento de la Ley de 1990 impide el uso de los embriones que ella y el Sr. J. crearon juntos, y en consecuencia, dadas sus circunstancias particulares, el tener un niño con quien ella está genéticamente relacionada. La Gran Sala considera que este problema limitado, concerniente al derecho de respetar la decisión de convertirse en padre en un sentido genético, también cae dentro del alcance del Artículo 8. **(Cf. Párr. 72)**

El dilema central del presente caso es que implica un conflicto entre los derechos del Artículo 8 de dos particulares: la peticionaria y J. Por otra parte, cada interés personal es enteramente irreconciliable con el otro. En caso de que le sea permitido a la peticionaria el uso de los embriones, J. se verá forzado a convertirse en padre, mientras que si la negativa o el retiro del consentimiento de J. es mantenido, se verá negada la oportunidad de la peticionaria de convertirse en una madre genética. En las difíciles circunstancias de este caso, cualquiera sea la solución que adopten las autoridades nacionales, los intereses de una u otra parte respecto al tratamiento FIV resultarían totalmente frustrados (Ver [Odièvre v. France](#)). **(Cf. Párr. 73)**

A pesar de que el objeto del Artículo 8 es esencialmente la protección de particulares ante la injerencia arbitraria de autoridades públicas, esto no obliga al Estado a abstenerse de dicha injerencia: en adición a esta obligación negativa primaria, habría obligaciones positivas inherentes sobre el respeto de la vida privada. Estas obligaciones pueden incluir la adopción de medidas diseñadas para un respeto seguro de la vida privada incluso en la esfera de las relaciones de particulares entre sí [...]. **(Cf. Párr. 75)**

[...] la Gran Sala acepta las recomendaciones de las cortes locales respecto a que J. nunca consintió a la peticionaria el uso solitario de los embriones creados conjuntamente – su consentimiento se limitó a someterse al tratamiento junto con la peticionaria [...]. **(Cf. Párr. 76)**

En conclusión, por lo tanto, desde que el uso del tratamiento FIV da lugar a la sensibilidad moral y a cuestiones éticas contra el fondo del movimiento dinámico de los desarrollos médicos y científicos, y desde que las cuestiones aumentaron para el caso tocando áreas donde no está claro un terreno común entre los Estados parte, el Tribunal considera que el margen de apreciación otorgado al Estado demandado debe ser amplio (Ver [X, Y y Z v. The United Kingdom](#)). **(Cf. Párr. 81)**

Mientras que la peticionaria criticó las normativas nacionales sobre consentimiento por el hecho de que no podrían ser inaplicadas bajo ninguna circunstancia, el Tribunal no encuentra que la naturaleza absoluta de la Ley sea, por sí misma, necesariamente inconsistente con el Artículo 8 (Ver [Pretty v. The United Kingdom y Odièvre v. France](#)) [...] Bajo la perspectiva del Tribunal, estos intereses generales perseguidos por la legislación son legítimos y concuerdan con el Artículo 8. **(Cf. Párr. 89)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Phinikaridou v. Cyprus

Fecha de sentencia	20 de diciembre de 2007
Estado parte	Chipre
Voces	Derecho a la vida privada y familiar. Derecho a la identidad. Obligaciones positivas y negativas. Reconocimiento judicial de paternidad. Tiempo límite de inicio de acción. Flexibilidad. Derecho a conocer el propio origen. Protección de la certeza legal de las relaciones familiares.
Cita y vínculo de texto íntegro	TEDH. Caso Phinikaridou v. Cyprus , Sentencia del 20 de diciembre de 2007. Aplicación N°. 23890/02.

Hechos:

La peticionaria nació en 1945 fruto de una relación extramatrimonial. Su madre biológica la abandonó en una casa, cuya dueña entregó a la niña a la Sra. Maria Phinikaridou.

A pesar de estar distanciada de su madre biológica, la peticionaria no perdió contacto total con ella. En diciembre de 1997, cuando la peticionaria tenía 52 años, su madre biológica, poco tiempo antes de morir, le dijo el nombre de su padre biológico.

En junio de 1999 la peticionaria se presentó a la Corte de Familia de Nicosia con el objetivo de requerir el reconocimiento judicial de paternidad en base a la Ley de Niños 1991. El demandado como padre rechazó el requerimiento y negó su paternidad argumentando que el reclamo de la peticionaria habría prescrito según la Ley de Niños 1991, la cual establece un plazo límite de tres años luego de obtener la mayoría de edad para iniciar el correspondiente proceso de reconocimiento judicial de paternidad. Este argumento fue sostenido por la Corte de Familia y, posteriormente, la peticionaria recurrió a la Corte Suprema sin obtener resultado favorable.

Examen y decisión:

El Tribunal reitera que el nacimiento, y en particular las circunstancias en que el niño nace, forma parte de la vida privada del niño, y luego del adulto, garantizada por el Artículo 8 del Convenio (ver [Odièvre v. France](#)). El respeto de la vida privada exige que cada uno se encuentre habilitado para determinar detalles de su identidad como ser humano individual y que el derecho sobre esta información es de importancia por las implicaciones en la formación de su personalidad (ver [Mikulić v. Croatia](#), [Gaskin v. The United Kingdom](#)). Esto

incluye obtener información necesaria para descubrir la verdad sobre aspectos importantes de la identidad personal, como la de los parientes (ver [Jäggi v. Switzerland](#), [Odièvre v. France](#), [Mikulić v. Croatia](#)) (Cf. Párr. 45)

El Tribunal reitera que el objeto esencial del Artículo 8 es proteger al individuo contra acciones arbitrarias de autoridades públicas. También hay obligaciones positivas inherentes al aseguramiento del efectivo respeto de la vida privada o familiar. Estas obligaciones incluyen la adopción de medidas diseñadas para asegurar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de las relaciones entre individuos (ver [Kroon and others v. The Netherlands](#), [Mikulić v. Croatia](#)). Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta disposición no prestan por sí definiciones precisas. No obstante, los principios aplicables son similares. En ambos contextos debe haber un balance justo entre los intereses en pugna de los particulares y la sociedad entera; y en ambos contextos el Estado goza de un cierto margen de apreciación (ver [Evans v. The United Kingdom](#)). (Cf. Párr. 47)

En principio, el Tribunal observa que la peticionaria no discute que la imposibilidad de iniciar una acción para el reconocimiento judicial de paternidad se encuentra de conformidad con la ley. En efecto, ella reclama que el tiempo límite impuesto por la Ley de Niños le impide contar con la posibilidad del reconocimiento judicial de paternidad ante los tribunales locales, en violación del Artículo 8 del Convenio. (Cf. Párr. 48)

En consecuencia, la existencia de un período limitado per se no es incompatible con el Convenio. Lo que el Tribunal necesita comprobar en el caso es si la naturaleza del tiempo límite en cuestión y la manera en que éste es aplicado resulta compatible con el Convenio. (Cf. Párr. 52)

Al decidir si hubo conformidad con el Artículo 8 del Convenio, el Tribunal debe determinar si sobre los hechos del caso existió un balance justo de parte del Estado entre los derechos e intereses en pugna. Aparte de pesar los intereses del individuo vis-à-vis el interés general de la comunidad en su totalidad, un ejercicio de balance es también requerido respecto a los intereses privados en conflicto. Al respecto, debe ser observado que la expresión “toda persona” del Artículo 8 del Convenio se aplica tanto a la niña como al presunto padre. Por un lado, las personas tienen el derecho a conocer sus orígenes, este derecho deriva de una interpretación amplia sobre el alcance de la noción de vida privada (Ver [Odièvre v. France](#)). Personas en la situación de la peticionaria tienen un interés vital, protegido por el Convenio, en recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un importante aspecto de su identidad y eliminar toda duda al respecto (Ver [Mikulić v. Croatia](#)). Por otra parte, como se sostuvo con anterioridad, el interés del presunto padre en ser protegido de reclamos pasados que vuelven atrás muchos años no puede ser negado. Finalmente, en adición a este conflicto de intereses, otros intereses pueden entrar en juego, como aquellos de terceras partes, esencialmente la familia del presunto padre. (Cf. Párr. 53)

El Tribunal sostiene que las disposiciones de la Ley de Niños aseguran adecuadamente los intereses de un niño que conoce sobre la identidad de su padre dentro del período provisto por la ley. Sin embargo, éstas no otorgan ningún permiso a los niños en la situación de la peticionaria, quien no tuvo conocimiento de los hechos referidos a la paternidad sino hasta después de transcurrido el plazo de tres años. (Cf. Párr. 61)

El Tribunal tiene dificultades en aceptar la inflexibilidad del período límite independientemente del conocimiento del niño sobre las circunstancias alrededor de la identidad de su padre y sin proveer ninguna excepción a la aplicación de ese período [...]. (Cf. Párr. 62)

Desde la perspectiva del Tribunal, debería realizarse una distinción entre los casos en que un peticionario no tiene oportunidad de tener conocimiento de los hechos y, casos donde un peticionario conoce con certeza o tiene motivos para asumir quién es su padre pero por razones ajenas a la ley no emprende los pasos para comenzar los procedimientos dentro del tiempo límite establecido [...]. (Cf. Párr. 63)

[...] El Tribunal, sin embargo, no considera que una restricción radical del derecho de la peticionaria a emprender procedimientos para la determinación judicial de paternidad sea proporcionada al objetivo legítimo perseguido. En particular, no ha sido demostrado cómo el interés general en proteger la certeza legal de las

relaciones familiares o el interés del presunto padre y su familia compensaron el derecho de la peticionaria de tener al menos una oportunidad de solicitar la determinación judicial de paternidad [...]. **(Cf. Párr. 64)**

Por lo tanto, incluso considerando el margen de apreciación otorgado al Estado, el Tribunal considera que la aplicación rígida de un tiempo límite para el ejercicio de los procesos de paternidad, independientemente de las circunstancias del caso individual y, en particular, del conocimiento de los hechos concernientes a la paternidad, perjudica la esencia del derecho al respeto a la vida privada contenido en el Artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 65)**

En vista de lo anterior, y en particular considerando la naturaleza absoluta del período límite, el Tribunal considera que no se ha realizado un balance justo entre los diferentes intereses involucrados y, por lo tanto, que la interferencia en el derecho al respeto a la vida privada no fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido. **(Cf. Párr. 66)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Saviny v. Ukraine

Fecha de sentencia	18 de marzo de 2009
Estado parte	Ucrania
Voces	Disfrute mutuo de compañía entre padres e hijos. Protección contra injerencias arbitrarias. Evaluación de la necesidad de la injerencia. Institucionalización de niños. Tutela pública. Separación de padres e hijos. Separación de hermanos. Exigencia de fundamentación del peligro alegado. Ambiente favorable al niño. Restricción extrema de contacto familiar. Derecho del niño a ser oído.
Cita y vínculo de texto íntegro	TEDH. Caso Saviny v. Ukraine , Sentencia del 18 de marzo de 2009. Aplicación N° 39948/06.

Hechos:

Los peticionarios, marido y mujer, nacidos en 1957 y 1956 respectivamente, viven en Romny, Ucrania, y padecen ceguera desde su infancia. Entre los años 1991 y 2001 tuvieron siete hijos y desde 1997 el Estado puso a disposición de la familia dos departamentos, los cuales contaban con calefacción pero no con desagüe ni agua caliente.

En febrero de 1998 cuatro de los hijos fueron puestos bajo atención pública con motivo de la incapacidad de los peticionarios para proporcionar cuidado y crianza adecuada. Los niños residieron en el Internado Educativo Romny.

Entre 1998 y 2004 trabajadores del Servicio Juvenil Municipal visitaron el departamento de los peticionarios y reportaron sobre la idoneidad de las condiciones para la crianza de los niños que aún permanecían bajo el cuidado de la familia. De acuerdo a dichos reportes, las condiciones eran gravemente insatisfactorias, era frío, sucio, lleno de telarañas y con olor a excremento humano.

El 5 de enero de 2004 el fiscal de Romny inició un proceso a fin de colocar bajo cuidado público a los tres niños que permanecían con la familia. El tribunal decidió que los niños debían ser retirados y puestos bajo tutela. Los peticionarios apelaron esta decisión pero la acción fue rechazada tanto por la Corte Regional como por la Corte Suprema de Ucrania. Los hijos de los peticionarios fueron separados de la familia sin ser escuchados en ningún momento del proceso.

Examen y decisión:

El Tribunal reitera que el disfrute mutuo de la compañía entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar y que las medidas internas que obstaculicen dicho disfrute alcanza una injerencia en los

derechos protegidos por el artículo 8 (ver [McMichael v. The United Kingdom](#)). Esta injerencia constituye una violación de tal norma a menos que sea “de acuerdo con la ley”, persiga uno de los objetivos legítimos enumerados en el Artículo 8.2 y pueda considerarse “necesaria en una sociedad democrática” (ver [McMichael v. The United Kingdom](#)). **(Cf. Párr. 47)**

El Tribunal además reitera que, a pesar del margen de apreciación a cargo de las autoridades internas en decidir colocar a un niño bajo cuidado público, la ruptura de lazos familiares implica cortar a un niño de sus raíces, lo cual sólo puede ser justificado en una circunstancia muy excepcional (ver [Gnahoré v. France](#)) [...]. **(Cf. Párr. 49)**

En particular, cuando una decisión es explicada en términos de la necesidad de proteger al niño de algún peligro, la existencia de tal peligro debe ser realmente determinada (ver [Haase v. Germany](#)) [...]. Por otra parte, el mero hecho de que un niño pueda ser colocado en un ambiente más beneficioso para su crianza no justifica por sí mismo una medida obligatoria de remoción (ver [K.A. v. Finland](#)). **(Cf. Párr. 50)**

No se discute que la decisión de colocar a O.S., K.S. y T.S. bajo cuidado público constituye una interferencia en los derechos de los peticionarios garantizados por el Artículo 8; que esa interferencia fue llevada a cabo de acuerdo con la ley y perseguía un objetivo legítimo de proteger los intereses de los niños. Resta examinar si esta interferencia era “necesaria en una sociedad democrática”. **(Cf. Párr. 53)**

Al respecto el Tribunal primero nota que los peticionarios en general han estado de acuerdo con el Gobierno en que podría ser beneficioso en términos materiales para los niños ser localizados en establecimientos educacionales especiales, como internados, a la luz de los recursos limitados disponibles para sus necesidades diarias. Ellos discrepan, sin embargo, respecto a si era necesario hacerlo mediante la imposición de una orden de remoción, que restringía sus capacidades de llevar a los niños a casa fuera del horario escolar, tal como para vacaciones o fines de semana. **(Cf. Párr. 54)**

El Tribunal también nota que en ningún momento de los procesos los niños (incluyendo O.S., quien tenía trece años cuando el procedimiento de primera instancia estaba pendiente en diciembre de 2004) fueron oídos por los jueces y que por medio de la implementación de la orden de remoción no sólo fueron separados de su familia de origen, también fueron ubicados en diferentes instituciones. Dos de ellos viven en otra ciudad, lejos de Rommy donde sus padres y hermanos residen, lo cual vuelve difícil mantener contacto regular. **(Cf. Párr. 59)**

Dadas todas estas consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que pese a los motivos dados por las autoridades nacionales a fin de remover a los hijos de los peticionarios eran relevantes, no fueron suficientes para justificar tal grave interferencia en la vida familiar de los peticionarios. **(Cf. Párr. 60)**

Por lo tanto, hubo violación del artículo 8 de la Convención. **(Cf. Párr. 61)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Negrepontis-Giannisis c. Grèce

Fecha de sentencia	3 de mayo de 2011
Estado parte	Grecia
Voces	Adopción. Relación entre adoptante y adoptado. Relación familiar. Adopción en el extranjero. Reconocimiento. Protección contra injerencias arbitrarias. Equiparación de derechos entre hijo biológico e hijo adoptivo.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Negrepontis-Giannisis c. Grèce . Sentencia del 3 de mayo de 2011. Aplicación Nº 56759/08.

Hechos:

Desde la infancia, el peticionario tenía profundos lazos afectivos con el hermano de su madre, su tío monje llamado Michaïl-Timothéos Négrépontis. En 1981, a los 17 años, el peticionario por razones de estudios comenzó a vivir en casa de su tío, en Detroit, Estados Unidos, de donde éste había sido nombrado obispo. El lazo afectivo continuó entonces acrecentándose y en mayo de 1984 ambos solicitaron el reconocimiento de un vínculo filiar por medio de una adopción. El monje deseaba tener un hijo legítimo que pudiera heredar su fortuna y colecciones de textos religiosos; su sobrino pretendía reforzar el vínculo y cuidar de su tío en su vejez, así como portar su apellido. Consentida por ambas partes, en junio de ese mismo año un juez otorgó la adopción del peticionario a su tío.

En 1985 el peticionario finalizó sus estudios y regresó a Grecia. Sin embargo, viajaba numerosas veces a su país para visitar a su hijo adoptivo (incluso en 1997 bendijo su matrimonio), y éste viajaba a los Estados Unidos para compartir con su padre adoptivo.

En diciembre de 1998 el monje falleció en Atenas. Cuando una sentencia estableció como herederos únicamente al hermano y a las dos hermanas del difunto, el peticionario reclamó que se reconociera la adopción en territorio estadounidense para poder constituirse el también en heredero. En diciembre de 1999 el tribunal griego consideró que la decisión de adopción tenía en Grecia fuerza de cosa juzgada y sus efectos eran plenos en el territorio. El peticionario comenzó entonces un proceso para el cambio de apellido, que obtuvo en agosto de 2001.

El 31 de mayo del 2001 la tía del peticionario interpuso una acción tendiente a que se declarara que la decisión de adopción realizada en los Estados Unidos no tenía autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en abril de 2002 el tribunal decidió que la adopción por parte de un monje no estaba prohibida en Grecia. Pero ante la apelación de la tía, en diciembre de 2003 el Tribunal de Apelaciones sí consideró que la adopción por parte de un religioso era prohibida por la ley griega y por lo tanto la adopción no tenía validez en el país. El

recurso de casación del peticionario fue rechazado en febrero de 2006. En mayo de 2008 un plenario del tribunal de casación decidió en el mismo sentido por mayoría, por lo que no se consideró válido el vínculo padre-hijo entre el monje y el peticionario.

Examen y decisión:

El Tribunal recuerda que, entre otros, en el caso [Pini et aures c. Roumanie](#) ha considerado que si bien el derecho a adoptar no figura de forma independiente en el número de derechos garantizados por el Convenio, las relaciones entre un adoptante y un adoptado son en principio de la misma naturaleza que las relaciones familiares protegidas por el artículo 8. La adopción confiere al adoptante los mismos derechos y obligaciones respecto del adoptado que aquellos de un padre o una madre respecto de sus hijos legítimos. El Tribunal nota también que los derechos sucesorios entre los niños y los padres están tan estrechamente ligados a la vida familiar que caen dentro del ámbito del artículo 8 (ver [Marckx c. Belgique](#)). En fin, el nombre de una persona – como medio de identificación personal y vínculo con una familia – constituye un elemento de su vida privada y familiar (ver [Znamenskaya c. Russie](#)). **(Cf. Párr. 55)**

Por último, el Tribunal recuerda también que en el caso [Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg](#) afirmó que la negativa de los tribunales de Luxemburgo de reconocer la ejecución de un juicio extranjero de adopción constituía una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar. **(Cf. Párr. 60)**

El Tribunal recuerda también que en un caso de adopción en el extranjero pero con hechos diferentes a los de este caso, ha concluido en que los jueces nacionales no pueden razonablemente anular un estatus jurídico creado válidamente en el extranjero y que se corresponde con una vida familiar de acuerdo con el artículo 8 del Convenio, ni negarse a reconocer los lazos familiares que preexistían de facto ni dispensarse de un examen concreto de la situación (ver [Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg](#)). **(Cf. Párr. 74)**

[...] [H]ubo una violación del artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 76)**

El Tribunal recuerda que en el caso [Pla et Puncernau c. Andorre](#), ha juzgado que un niño objeto de una adopción se encuentra en la misma posición jurídica que si hubiera sido hijo biológico de sus padres, y esto en todos los aspectos: relaciones y consecuencias ligadas a su vida de familia y derechos patrimoniales que se derivan. **(Cf. Párr. 82)**

[...] Así, un hijo biológico de Mihail-Timothéos Négrépointis no debería haber sido privado de sus derechos de filiación, con todo lo que eso implica en materia de derechos de sucesión, derecho al nombre y, en suma, derecho a vivir en la sociedad con una identidad distinta a la que resulta de la negativa de reconocer la adopción. Hubo entonces una violación de los artículos 8 y 14 en conjunto. **(Cf. Párr. 84)**

El Tribunal estima también que la negativa de las jurisdicciones internas a reconocer la validez de la adopción en Grecia y por lo tanto la cualidad de heredero que resulta, constituye una injerencia en su derecho al respeto de los bienes que, teniendo en cuenta la conclusión a la que se arribó en el ámbito del artículo 8, es también incompatible con este derecho [...]. **(Cf. Párr. 104)**

Por lo tanto, hubo una violación del artículo 1 del Protocolo N° 1. **(Cf. Párr. 105)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

K.A.B. c. Espagne

Fecha de sentencia	10 de abril de 2012
Estado parte	España
Voces	Familia no cohabitante. Familia extramarital. Lazos familiares. Vida familiar como relación potencial. Voluntad de conformación familiar. Derecho a la vida privada y familiar. Protección contra injerencias arbitrarias. Obligaciones positivas y negativas. Separación de niño pequeño y padre. Medidas de reunión de padre e hijo. Velocidad del procedimiento. Interés superior del niño.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso K.A.B. c. Espagne . Sentencia del 10 de abril de 2012. Aplicación N° 59819/08.

Hechos:

En 2001 el peticionario, K.A.B. y su pareja C. arribaron desde Nigeria a España y se instalaron en la ciudad de Murcia. El hijo de ambos, O., nació en septiembre de ese año y no fue inscrito en el registro civil. El peticionario debió partir a una ciudad a aproximadamente 480 km. de allí en busca de trabajo; obtuvo el permiso de trabajo en septiembre de 2001. Desde mayo de 2001 el niño fue confiado a una familia española amiga de la pareja nigeriana, que vivía en Cartagena, que tenían entonces su guarda de hecho.

En octubre de ese año C., que se encontraba en el país de forma irregular, fue arrestada y luego de un proceso, se ordenó su expulsión del territorio y la prohibición de ingreso durante diez años. Durante ese tiempo el peticionario se encontraba en Barcelona por cuestiones laborales.

En noviembre de 2001 la familia que tenía la guarda de hecho del niño demandó ser designada como familia de acogida pero su pedido fue rechazado. El Servicio de protección de Menores consideró a O. en estado de abandono, asumió su tutela y acordó la guarda delegada a la pareja española. Al no poder contactarse con C. para proceder a la reunificación familiar, el Servicio puso fin a esa guarda y el niño fue ubicado en un centro de acogida para menores de edad de la comunidad de Murcia.

Luego de que el peticionario presentara la solicitud, en enero de 2002 se autorizó el examen de ADN para probar la paternidad, pero éste no se realizó por no haberse pagado el monto requerido. Como no se había probado la paternidad y la madre no era encontrada en Nigeria, una comisión de protección de niños decidió dar al menor en guarda pre-adoptiva a una pareja, que comenzó la cohabitación con O. en diciembre de ese año; esta decisión fue confirmada judicialmente en mayo de 2003. Sin embargo, el proceso de adopción estaba en suspenso por la acción de reconocimiento de paternidad interpuesta por K.A.B.

Finalmente en marzo de 2005 se realizó la prueba de ADN que confirmó la paternidad del peticionario. El juez que reconoció la paternidad en un comienzo ordenó el cese del régimen de acogida de O. pero luego rectificó su decisión considerando que no era ésta materia para su resolución.

Por último, el peticionario inició entonces una acción de oposición a la adopción, que fue denegado. Las apelaciones y recursos del peticionario fueron infructuosos. En abril de 2007 un juez autorizó la adopción del niño y la apelación del peticionario fue desestimada, y confirmada esa decisión en enero de 2008. En febrero de ese mismo año K.A.B. tuvo un altercado con el jefe del Servicio de protección a los menores de edad, cuando entre lágrimas afirmó que no abandonaría el lugar sin ver a su hijo. Fue retirado por la fuerza pública, arrestado, y condenado por la contravención de desobediencia leve a la autoridad

Examen y decisión:

El Tribunal recuerda que la noción de “familia” dada por el artículo 8 del Convenio no se limita solo a las relaciones fundadas en el matrimonio, y puede englobar otros lazos “familiares” de facto cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño descendiente de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula “familiar” desde su nacimiento y por este simple hecho (ver [Znamenskaya c. Russie](#) y [Anayo c. Allemagne](#)). Si bien en regla general una cohabitación puede constituir una condición de una relación tal, otros factores pueden también servir para demostrar una relación con suficiente constancia como para crear “lazos familiares” (ver [Kroon et autres c. Pays-Bas](#)). (Cf. Párr. 88)

El Tribunal considera que la intención de constituir una vida familiar puede, excepcionalmente, caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 en el caso donde la ausencia de vida familiar plenamente establecida no sea imputable al peticionario (ver [Anayo c. Allemagne](#)). En particular, la “vida familiar” puede también entenderse como la relación potencial que podría haberse desarrollado entre un padre biológico y su hijo nacido fuera del matrimonio (ver [Nylund c. Finlande](#)). Los elementos a tomar en consideración para determinar la existencia real en la práctica de lazos personales estrechos en este caso incluyen la naturaleza de la relación entre los padres biológicos y el interés demostrable del padre por su hijo antes y después del nacimiento de este último (ver [L. c. Pays-Bas](#)). (Cf. Párr. 89)

[...] El Tribunal recuerda que el artículo 8 protege la vida “privada” al igual que la “familiar”. El derecho a la reunión del peticionario con su hijo biológico entra dentro del ámbito de aplicación de la noción de “vida privada”, que engloba aspectos importantes de la identidad personal (ver [Odièvre c. France](#), [Jäggi c. Suisse](#), y [Backlund c. Finlande](#)). Parecería entonces que no hay ninguna razón para considerar la noción de “vida privada” como excluyente del establecimiento de un vínculo jurídico o biológico entre un niño nacido fuera del matrimonio y su progenitor (ver [Mikulić c. Croatie](#)). (Cf. Párr. 90)

El Tribunal recuerda su jurisprudencia constante según la cual, si bien el artículo 8 tiene esencialmente por objeto el proteger al individuo de las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se contenta con obligar a Estado a abstenerse de tales injerencias: a este compromiso negativo se pueden agregar las obligaciones positivas inherentes a un respecto efectivo de la vida privada o familiar. Ellas pueden implicar la adopción de medidas tendientes al respecto de la vida familiar incluso en las relaciones de los individuos entre sí (ver [X et Y c. Pays-Bas](#) y [Mincheva c. Bulgarie](#)) [...]. (Cf. Párr. 95)

El Tribunal reitera el principio bien establecido en su jurisprudencia según el cual el fin del Convenio consiste en proteger los derechos concretos y efectivos (ver [Artico c. Italie](#)). En esta lógica, observa que un respeto efectivo de la vida familiar obliga a que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de elementos pertinentes, y no por el paso del tiempo (ver [Mincheva c. Bulgarie](#)). (Cf. Párr. 96)

Para ser adecuadas, las medidas tendientes a reunir a un padre con su hijo deben ser puestas en práctica rápidamente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y aquel padre que no vive con él (ver [Ignaccolo-Zenide c. Roumanie](#), [Maire c. Portugal](#) y [Bianchi c. Suisse](#)). (Cf. Párr. 97)

En un caso como este, el juez de familia se encuentra en presencia de intereses generalmente difíciles de conciliar, a saber, los del niño, los del padre biológico y los de la familia de acogida o de la familia adoptiva. En la búsqueda de equilibrio entre los diferentes intereses, el interés superior del niño debe estar en primordial consideración (ver [Moretti et Benedetti c. Italie](#)). El artículo 8 no servirá para autorizar a un padre a

tomar medidas perjudicadas para la salud y el desarrollo del niño (ver [T.P. et K.M. c. Royaume-Uni](#), [Ignaccolo-Zenide c. Roumanie](#) y [Nuutinen c. Finlande](#)). (Cf. Párr. 100)

El Tribunal recuerda sin embargo que, en los casos que afectan la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede conducir a una alteración del desarrollo de la relación con su padre (ver [Pini et autres c. Roumanie](#)) [...]. (Cf. Párr. 103)

[...] El Tribunal no ha cesado de decir que el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a la aplicación de medidas propias para la reunión con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de tomar esas medidas (ver [Eriksson c. Suède](#) y [Margareta et Roger Andersson c. Suède](#)). Sin embargo, la obligación para las autoridades nacionales de tomar medidas a este efecto no es absoluta ya que a veces ocurre que la reunión de un padre con sus hijos no puede tener lugar inmediatamente y requiere de preparativos. La naturaleza y la extensión de esto depende de las circunstancias de cada caso, además de la comprensión y cooperación del conjunto de personas afectadas constituyen factores siempre importantes. En fin, en este tipo de casos, el carácter adecuado de una medida se juzga por la rapidez de su puesta en práctica (ver [Mauousseau et Washington c. France](#)). (Cf. Párr. 105)

El punto decisivo en el caso consiste entonces en saber si las autoridades nacionales han tomado todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podría exigir razonablemente para que el niño pudiera tener una vida familiar normal en el seno de su familia o, en su defecto, en el seno de una familia de acogida o adoptiva. (Cf. Párr. 106)

El Tribunal recuerda que corresponde a cada Estado parte dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto a las obligaciones positivas que le corresponden en virtud del artículo 8 del Convenio [...] [L]e corresponde [al Tribunal] evaluar si, en el caso, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, han respetado [los Estados] las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta especialmente el interés superior del niño (ver [Neulinger et Shuruk c. Suisse](#)). [...] (Cf. Párr. 115)

Observando estas consideraciones y no obstante el margen de apreciación del Estado en la materia, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del peticionario a la reunión con su hijo, desconociendo así su derecho a la vida privada, garantizado por el artículo 8. (Cf. Párr. 116)

Por lo tanto, hubo una violación del artículo 8. (Cf. Párr. 117)



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Godelli v. Italia

Fecha de sentencia	25 de Septiembre de 2012
Estado parte	Italia
Voces	Voluntad de anonimato de madre biológica. Derecho a la vida privada. Obligaciones positivas y negativas. Ponderación de intereses. Acceso a la información sobre propio origen. Acceso a la información sobre identidad de padres biológicos. Sufrimiento mental y psicológico.
Cita y Vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Godelli v. Italia . Sentencia del 25 de Septiembre de 2012. Aplicación N°. 33783/09.

Hechos:

Anita Godelli (la peticionaria) fue abandonada por su madre al nacer el día 28 de Marzo de 1943 en Trieste, Italia. En su certificado de nacimiento no constan los datos personales de su madre biológica, quien decidió mantener su identidad reservada.

Luego de haber vivido en un orfanato, la niña fue ubicada con la familia Godelli. El 10 de Octubre de 1949, a la edad de seis años, fue adoptada por esa familia bajo el procedimiento de la adopción simple. Cuando tenía diez años, tras enterarse de que había sido adoptada, solicitó a sus padres adoptivos que le digan quiénes eran sus padres biológicos pero no obtuvo respuesta.

En el año 2006, la Sra. Godelli requirió a la Oficina de Registro información sobre sus orígenes, y obtuvo así su certificado de nacimiento. Sin embargo, del certificado no surgía el nombre de su madre biológica por haberse acordado que su identidad no sería divulgada.

El 5 de Julio de 2007 la peticionaria presentó una solicitud ante el Tribunal de Familia de Trieste a fin de obtener la rectificación de su certificado de nacimiento, lo cual fue rechazado al siguiente.

La Sra. Godelli apeló ante el Tribunal de Apelaciones el cual rechazó su solicitud el 23 de Diciembre de 2008. A tal fin, consideró lo sostenido por el Tribunal de Familia en cuanto a que la madre biológica requirió mantener su identidad reservada y, asimismo, se amparó en que la legislación que regula tal situación fue diseñada para garantizar el respeto por los deseos de la madre, a la vez que la prohibición de acceso sostenida sirve al interés público.

Examen y decisión:

El Tribunal reitera que aunque el objeto del Artículo 8 es esencialmente el de proteger al individuo contra interferencias arbitrarias por parte de la autoridad pública, no se limita a obligar al Estado a que se abstenga de tales interferencias: además de este compromiso principalmente negativo, puede haber obligaciones

positivas inherentes a un efectivo respeto por la vida privada. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a lograr el respeto por la vida privada incluso en la esfera de las relaciones de individuos entre sí (ver [X e Y v. Países Bajos](#)). [...] Particularmente, en ambas instancias debe tenerse respeto al justo equilibrio que tiene que ser alcanzado entre los intereses en conflicto, y en ambos contextos el Estado goza de un cierto margen de apreciación (ver [Mikulic v. Croatia](#)). **(Cf. Párr. 47)**

El Tribunal señala que ya ha declarado (ver [Odièvre v. France](#)) que la cuestión del acceso a la información acerca de los orígenes de uno y la identidad de los padres biológicos de uno no es de la misma naturaleza que la del acceso al expediente de un caso referente a un niño en cuidado o a prueba de presunta paternidad. La peticionaria en el presente caso es una niña adoptada que está tratando de localizar a otra persona, su madre biológica, por quien fue abandonada al nacer y quien ha solicitado expresamente que la información sobre el nacimiento siga siendo confidencial. **(Cf. Párr. 49)**

El Tribunal reitera que la elección de los medios calculados para asegurar el cumplimiento con el Artículo 8 en la esfera de las relaciones de individuos entre sí es en principio una cuestión que cae dentro del margen de apreciación de los Estados Contratantes. En esta conexión, hay diferentes formas de asegurar el respeto por la vida privada, y la naturaleza de las obligaciones del Estado dependerá del aspecto particular de la vida privada que está en cuestión (ver [Odièvre v. France](#)). El alcance del margen de apreciación del Estado depende no sólo del derecho o los derechos de que se trate pero también, respecto de cada derecho, de la propia naturaleza del interés de que se trate. El Tribunal considera que el derecho a la identidad, que incluye el derecho a saber sobre la familia de uno, es una parte integral de la noción de vida privada. En tales casos, se exige un examen particularmente riguroso para la ponderación de los intereses en conflicto. **(Cf. Párr. 52)**

Mientras que es cierto que la peticionaria, quien ahora tiene sesenta y nueve años, ha sido capaz de desarrollar su personalidad incluso en ausencia de certeza en cuanto a la identidad de su madre biológica, hay que reconocer que el interés de un individuo en conocer a su familia no desaparece con la edad, sino todo lo contrario. Por otra parte, la peticionaria ha mostrado un genuino interés en averiguar la identidad de su madre, ya que ha tratado de obtener información concluyente sobre el tema. Tal conducta implica un sufrimiento mental y psicológico, incluso si esto no ha sido medicamente atestiguado (ver [Jäggi v. Switzerland](#)). **(Cf. Párr. 56)**

El Tribunal advierte que, a diferencia del sistema Francés examinado en *Odièvre*, la ley Italiana no intenta hallar ningún equilibrio entre los derechos en conflicto y los intereses en juego. En ausencia de cualquier maquinaria que permita que el derecho de la peticionaria a conocer sus orígenes sea equilibrado con los intereses de la madre en permanecer en el anonimato, una preferencia ciega es inevitablemente dada a esta última. [...] **(Cf. Párr. 57)**

En el presente caso el Tribunal advierte que donde la madre biológica ha decidido permanecer en el anonimato, la ley Italiana no permite a un niño que no fue formalmente reconocido al nacer y fue posteriormente adoptado que solicite ya sea acceso a información no identificada acerca de sus orígenes o la divulgación de la identidad de su madre. En consecuencia, el Tribunal considera que las autoridades Italianas fallaron en hallar un equilibrio y lograr proporcionalidad entre los intereses en juego y por lo tanto sobrepasaron el margen de apreciación que debe ser permitido. **(Cf. Párr. 58)**

Por lo tanto, ha habido una violación del Artículo 8 de la Convención. **(Cf. Párr. 59)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Costa y Pavan v. Italia

Fecha de sentencia	28 de Agosto de 2012
Estado parte	Italia
Voces	Derecho a la vida privada. Derecho a decidir sobre si convertirse en padre. Técnicas de inseminación heteróloga. Fecundación in vitro. Niño. Feto. Embrión. Aborto por razones médicas.
Cita y Vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Costa y Pavan v. Italia . Sentencia del 28 de Agosto de 2012. Aplicación N°. 54270/10.

Hechos:

Rosetta Costa y Walter Pavan (los peticionarios), en el año 2006, a raíz del nacimiento de su hija, descubrieron que eran portadores de fibrosis quística y que, en consecuencia, la niña había nacido con esa enfermedad.

En febrero de 2010, al quedar la Sra. Costa nuevamente embarazada, los peticionarios, quienes no querían tener un hijo afectado por tal enfermedad genética, practicaron un examen prenatal. El resultado mostró que el feto estaba afectado por fibrosis quística. Ante ello, decidieron interrumpir el embarazo por razones médicas, y así lo hicieron.

Antes de que la Sra. Costa quedase embarazada por tercera vez, los peticionarios quisieron hacer uso de las tecnologías de reproducción asistida y del diagnóstico genético preimplantacional. Sin embargo, según la legislación italiana, el uso de tales tecnologías se encuentra disponible solo para parejas infértiles o estériles mientras que para el uso del diagnóstico genético preimplantacional rige una prohibición general.

Ante ello, el 20 de Septiembre de 2010, los peticionarios presentaron un reclamo ante el Tribunal solicitando el acceso al diagnóstico genético preimplantacional a fin de seleccionar un embrión no afectado por la enfermedad. Alegaron que las técnicas de reproducción asistida se encontraban disponibles para categorías de sujetos a las que no pertenecían.

Examen y decisión:

El Tribunal reitera que la noción de `vida privada´ en el sentido del Artículo 8 es un concepto amplio que incluye, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos (ver [Niemietz v. Alemania](#)), el derecho al `desarrollo personal´ (ver [Bensaïd v. el Reino Unido](#)), o alternativamente el derecho a la autodeterminación (ver [Pretty v. el Reino Unido](#)). Factores tales como la identidad sexual, la orientación y la vida también caen dentro de la esfera personal protegida por el Artículo 8 (ver, por ejemplo,

[Dudgeon v. el Reino Unido](#) y [Laskey, Jaggard y Brown v. el Reino Unido](#)), como también el derecho al respeto por la decisión de convertirse o no convertirse en padre (ver [Evans; A, B y C v. Irlanda](#) y [R.R v. Polonia](#)). **(Cf. Párr. 48)**

En virtud del Artículo 8 de la Convención, el Tribunal también ha reconocido el derecho al respeto por la decisión de convertirse en padres genéticos (ver [Dickson v. el Reino Unido](#), con las referencias allí citadas) y concluye que el Artículo 8 se aplica a técnicas de inseminación heteróloga para la fertilización *in vitro* (ver [S.H y Otros v. Austria](#)). **(Cf. Párr. 49)**

En el presente caso, el Tribunal considera que el deseo de los peticionarios de concebir un niño no afectado por la enfermedad genética de la que son portadores y de usar ART o PGD para este fin atrae la protección del Artículo 8, ya que esta elección es una forma de expresión de su vida privada y familiar. Consecuentemente, esta disposición es aplicable en el presente caso. **(Cf. Párr. 50)**

Con el fin de justificar esta injerencia, el Gobierno refiere a la preocupación por proteger la salud de “el niño” y la mujer, la dignidad y libertad de conciencia de las profesiones médicas y el interés en evitar un riesgo de selección eugenésica. **(Cf. Párr. 54)**

El Tribunal no está persuadido por esos argumentos. Subrayando que el concepto de “niño” no puede ser puesto en la misma categoría que la de “embrión”, falla en ver cómo la protección de los intereses referidos por el Gobierno puede ser conciliado con la posibilidad disponible para los peticionarios de tener un aborto por razones médicas si el feto resulta ser afectado por la enfermedad, en particular teniendo en cuenta las consecuencias de esto tanto para el feto, que es claramente mucho más desarrollado que un embrión, y para los padres, en particular la mujer [...]. **(Cf. Párr. 55)**

El Tribunal no puede sino notar que la legislación Italiana carece de consistencia en esta área. Por un lado, prohíbe la implantación limitada a aquellos embriones no afectados por la enfermedad de la cual los peticionarios son portadores, mientras que por otro lado permite a los peticionarios abortar un feto afectado por la enfermedad [...]. **(Cf. Párr. 57)**

Teniendo en cuenta la inconsistencia descrita anteriormente en la legislación Italiana en PGD, el Tribunal considera que la injerencia con el derecho de los peticionarios al respeto por su vida privada y familiar fue desproporcionada. En consecuencia, ha habido una violación del Artículo 8 de la Convención en el presente caso. **(Cf. Párr. 64)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

B. v. Romania

Fecha de sentencia	19 de Febrero de 2013
Estado parte	Rumania
Voces	Madre con trastornos mentales. Internamiento psiquiátrico sin notificación a familiar. Protección de persona con capacidad reducida. Medidas especiales de protección. Disfrute de mutua compañía de padres e hijos. Derecho a la vida familiar. Protección contra injerencias arbitrarias. Niño en hogar de cuidado. Derecho del progenitor a ser oído en decisiones sobre sus hijos. Representación del padre incapaz.
Cita y Vínculo texto íntegro	TEDH. Caso B. v. Romania . Sentencia del 19 de Febrero de 2013. Aplicación N°. 1285/03.

Hechos:

M.B, rumana, es madre de tres hijos. En el año 1996 fue elegida como beneficiaria de prestaciones sociales al ser considerada una persona discapacitada que no está en condiciones de trabajar. El 14 de Septiembre del 2000 fue diagnosticada de 'esquizofrenia paranoica'. En aquel momento, dos de sus hijos eran menores de edad mientras que la mayor ya había superado la mayoría de edad. Desde ese entonces, la peticionaria fue llevada en varias ocasiones, usualmente por la policía, al departamento psiquiátrico del Hospital Bacău o a la clínica psiquiátrica Socola y admitida para ser tratada. A modo de ejemplo, el 11 de enero de 2003 la policía envió una carta al hospital a fin de solicitar la admisión de M.B en razón de haber sido encontrada desnutrida, viviendo en una habitación no calefaccionada y sin soporte material. Asimismo, solicitó que se tomen acciones médicas ya que la persona en cuestión tenía un comportamiento antisocial. De acuerdo a la información suministrada por el gobierno rumano, durante el 2008 la peticionaria pasó un total de cinco meses en el departamento psiquiátrico destinado a pacientes con trastornos crónicos, mientras que entre los años 2009 y 2010 pasó un total de diez meses y medio y más de once meses, respectivamente.

Por otra parte, a partir de dos artículos publicados en un diario local los días 9 y 12 de septiembre del 2000 que describían las condiciones insalubres en las que se encontraban viviendo M.B. y sus hijos, se informó a las autoridades del hospital Bacău que los dos niños eran alimentados con pasto, castañas, hojas de plátano y setas recogidas en los parques y que su madre se negó a inscribirlos en la escuela.

El 12 de septiembre del año 2000, a instancias de trabajadores sociales, la abuela materna de los niños solicitó asistencia ante el Departamento de Asistencia Social y Protección Infantil del Condado de Bacău a fin de que admitan a M.B. en un hospital especializado en atención a su enfermedad mental y su violento comportamiento. Asimismo, expresó que los niños no asistían a la escuela y que eran dejados sin supervisión

y dio su consentimiento para que ambos estuvieran bajo cuidado profesional. Para ese entonces, los niños tenían seis y ocho años.

Al día siguiente, cuatro funcionarios del Departamento en cuestión fueron a la casa de M.B. acompañados por un oficial de la policía. En el informe emitido a esos efectos el 13 de septiembre del 2000, se propuso que los niños fueran puestos bajo cuidado de manera urgente ya que su madre representaba un peligro para ellos. A tal fin, tras el consentimiento escrito brindado por la abuela materna, sumado a las declaraciones de tres vecinos de la peticionaria que describieron las pésimas condiciones en que estaban viviendo los niños, los trabajadores sociales los llevaron a un hogar destinado a su cuidado.

Finalmente, el 26 de septiembre y el 5 de diciembre del 2000, la Junta de Bienestar Infantil del hospital Bacău ordenó la ubicación de los niños en el Centro de cuidado "Tulipanes" y su posterior transferencia al hogar de cuidado "Flores del prado", respectivamente.

Por su parte, en diciembre de 2005 y en enero de 2006, el Tribunal local ordenó que los niños debían continuar permaneciendo bajo cuidado y decidió que el ejercicio de los derechos de los padres iba a ser delegado al director del hogar de cuidados. Asimismo, notó que desde que se encontraban en el hogar los niños habían recibido visitas de su madre de modo regular.

El 17 de agosto del 2007, el Tribunal local transfirió a los niños al hogar de cuidado "SOS el pueblo de los niños" y justificó su decisión de seguir disponiéndolos bajo cuidado en el hecho de que habían sido emocionalmente abusados por su madre al tiempo en que fueron llevados bajo cuidado por primera vez en el año 2000.

Por otra parte, en una carta enviada por la autoridad tutelar del hospital al agente del gobierno rumano el 18 de Enero de 2011 se estableció que de acuerdo a lo chequeado en la base de datos de ese sector del hospital, ninguna medida fue puesta en marcha para proteger los intereses de M.B. ni para asistir a sus dos hijos menores de edad o proteger sus intereses durante el tiempo de su detención.

Examen y decisión:

El Tribunal observa además que no hay evidencia que la peticionaria o cualquier persona con lazos cercanos a ella fue notificada de las decisiones sobre su admisión de acuerdo con el procedimiento reglamentario, incluyendo el requisito de observar el derecho del paciente a ser asistido al dar su consentimiento, especialmente cuando el paciente era incapaz de entender la información relevante. Esto demuestra la incertidumbre que rodea las sucesivas admisiones de la peticionaria y su ambigua naturaleza [...]. **(Cf. Párr. 95)**

A pesar de la buena voluntad mostrada por las autoridades, como destacó el Gobierno, el Tribunal considera que las disposiciones de derecho interno que rigen la detención psiquiátrica y la protección de personas que son incapaces de velar por sus propios intereses no se aplicaron a la peticionaria en el espíritu de su derecho al respeto por su vida privada bajo el Artículo 8. Como resultado, las autoridades fracasaron en cumplir con su obligación de adoptar medidas apropiadas para proteger los intereses de la peticionaria. **(Cf. Párr. 100)**

Por lo tanto el Tribunal concluye que por ello ha habido una violación del Artículo 8 de la Convención en el presente caso en esa consideración. **(Cf. Párr. 101)**

El Tribunal reitera los principios establecidos al efecto en su reiterada jurisprudencia en el sentido de que el disfrute mutuo por padre e hijo de la compañía de cada uno constituye un elemento fundamental de la vida familiar. Además, la natural relación familiar no termina en razón del hecho de que el niño sea tenido en atención pública. Las decisiones de la autoridad competente resultantes en la ubicación de un niño en un hogar de cuidado importan interferir en el derecho de la peticionaria al respeto de su vida familiar (ver [W. v. the United Kingdom](#)). **(Cf. Párr. 108)**

Sin embargo, los procedimientos aplicables a la determinación de cuestiones relacionadas con la familia deben respetar la vida familiar; en particular, los padres normalmente tienen el derecho a ser oídos y a ser plenamente informados a este respecto, aunque restricciones a estos derechos puedan ser justificadas, en ciertas circunstancias, en virtud del Artículo 8. **(Cf. Párr. 110)**

[...] Los factores relevantes a ser considerados por la autoridad local para tomar decisiones sobre el cuidado de los niños deben necesariamente incluir las opiniones e intereses de los padres. El proceso de toma de

decisiones debe por tanto ser capaz de asegurar que estos factores sean tenidos en cuenta [...].(Cf. Párr. 112)

Como también ha aceptado el Tribunal, claramente habrá instancias donde la participación de los padres en el proceso de toma de decisiones o no será posible o no será significativo – por ejemplo, donde no puedan ser rastreados o estén bajo una discapacidad física o mental o donde surja una emergencia. En segundo lugar, las decisiones en este área, mientras que frecuentemente son tomadas a la luz de revisiones de casos o conferencias de casos, pueden así igualmente evolucionar a partir de un proceso continuo de monitoreo por parte de los funcionarios apropiados. En tercer lugar, el contacto regular entre los trabajadores sociales responsables y los padres a menudo proporciona un canal adecuado para transportar las últimas opiniones a la autoridad. Por lo tanto debe ser determinado si, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y en particular la gravedad de las decisiones que sean tomadas, los padres fueron capaces de desempeñar un papel en el proceso de toma de decisiones, visto como un todo, en un grado suficiente para proporcionarles la protección requerida de sus intereses. Sino, habrá habido un fracaso al respeto de su vida familiar y la interferencia resultante de la decisión no será capaz de ser considerada como “necesaria” en el sentido del Artículo 8. (Cf. Párr. 113)

El Tribunal observa que en el momento de los hechos, así como actualmente, la peticionaria sufría de un grave trastorno mental, habiendo sido reconocida como discapacitada desde 1996 y habiendo sido admitida en instituciones psiquiátricas en numerosas ocasiones. En esta conexión, advierte que no fueron tomadas medidas especiales de protección con respecto a ella, por ejemplo, asignando un abogado para que la represente durante los procedimientos de ubicación o designando un tutor temporal [...].(Cf. Párr. 116)

[...] La Corte observa que era claramente imposible para la peticionaria participar en el proceso de toma de decisiones sobre su hijo menor, un factor que fue destacado por las autoridades competentes cuando los niños fueron tomados en cuidado por primera vez. Además, no hay evidencia de contacto regular entre los trabajadores sociales responsables y la peticionaria, que podría haber proporcionado un canal adecuado para transportar sus opiniones a las autoridades. (Cf. Párr. 118)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye que ha habido una violación del Artículo 8 de la Convención también bajo este título. (Cf. Párr. 120)



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Zhou c. Italie

Fecha de sentencia	21 de enero de 2014
Estado parte	Italia
Voces	Derecho a la vida familiar. Dificultades de cuidado del hijo por la madre. Supresión del lazo de filiación maternal. Adopción. Interés superior del niño. Medidas concretas para permitir convivencia de madre e hijo. Rol de autoridades de protección social. Vulnerabilidad. Medidas especiales de protección.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Zhou c. Italie . Sentencia del 21 de enero de 2014. Aplicación Nº 33773/11.

Hechos:

En el año 2000, la Sra. Zhou (la peticionaria) llegó a Italia junto con su compañero. Tuvieron dos hijas que enviaron a vivir a China con sus abuelos. En 2004 la peticionaria quedó embarazada por tercera vez, y su pareja la abandonó. Ella no realizó ninguna consulta médica durante el embarazo hasta que en septiembre fue internada de urgencia por una pielonefritis gravídica. Al momento de dar a luz, la peticionaria sufrió una insuquemia. En octubre, los servicios sociales decidieron colocar a la madre y su hijo, A., en un hogar; meses más tarde fueron trasladados a otro espacio en la ciudad de Padua. La peticionaria consiguió trabajo en Belluno, y como allí no había lugar para el niño, los servicios sociales lo colocaron en un instituto en Padua. La peticionaria entonces regresó a la ciudad y consiguió un empleo en el hospital del lugar pero como sus horarios de trabajo eran variables, no podía hacerse cargo ella sola de su hijo. Luego de un acuerdo entre la madre y los servicios sociales, A. fue colocado durante el día con una familia de acogida, pero que tres meses después renunció a esta tarea. Entonces, la peticionaria decidió dejar a su hijo durante el día con una pareja de vecinos suyos. Los servicios sociales no estuvieron de acuerdo y solicitaron que se iniciara un proceso de adopción plena para el menor de edad, alegando que la madre no estaba en condiciones de ocuparse de su hijo. En diciembre de 2007 un tribunal otorgó la guarda de A. a una familia de acogida, y la peticionaria obtuvo el permiso de visita dos días por semana. Posteriormente se le suspendió ese derecho a pedido de los servicios sociales. Frente a la apelación de la madre, nuevamente se permitieron los encuentros. Luego de peritajes psicológicos, en abril de 2010 el tribunal declaró el estado de adoptabilidad plena de A. Las apelaciones de la peticionaria y del curador del niño fueron desestimadas.

Examen y decisión:

El Tribunal considera que el punto decisivo en la cuestión consiste en saber si, antes de suprimir el lazo de filiación maternal, las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se

pueda exigir razonablemente de ellas para que el niño pudiera llevar una vida familiar normal en el seno de su propia familia. **(Cf. Párr. 49)**

[...] El Tribunal opina que las autoridades deberían haber tomado medidas concretas para permitir al niño vivir con su madre, antes de alojar al niño y de abrir un proceso de adopción. El Tribunal no está convencido de que el interés superior del niño mande a proceder a una adopción plena. Por el contrario, recuerda que el rol de las autoridades de protección social es precisamente el de ayudar a las personas en dificultades, guiarlos en sus iniciativas y aconsejarlos, entre otras, en cuanto a los diferentes tipos de subsidios sociales disponibles, a las posibilidades de obtener una vivienda social y otros medios de sobrellevar sus dificultades ([Saviny v. Ukraine](#) y [R.M.S. c. Espagne](#)). En el caso de las personas vulnerables, las autoridades deben prestar una atención particular y deben asegurarles una protección mayor (ver [B. c. Roumanie \(no 2\)](#), y [Todorova c. Italie](#)). **(Cf. Párr. 58)**

En vista de estas consideraciones y no obstante el margen de apreciación del Estado en la materia, el Tribunal concluye que las autoridades italianas han faltado a sus obligaciones de proyectar la solución de una ruptura del lazo familiar y no haber desplegado los esfuerzos adecuados y suficiente por hacer respetar el derecho de la peticionaria a vivir con su hijo, desconociendo así su derecho al respeto de la vida familiar, garantizada por el artículo 8. Hay por lo tanto una violación de esta disposición. **(Cf. Párr. 61)**



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Labassee c. France

Fecha de sentencia	26 de junio de 2014
Estado parte	Francia
Voces	Gestación por sustitución en el extranjero. No reconocimiento de lazos de filiación. Padre biológico. Injerencia estatal en la vida familiar. Márgenes restringido y amplio de apreciación estatal. Derecho a la vida familiar. Interés superior del niño. Derecho a la identidad. Derecho a la nacionalidad.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Labassee c. France . Sentencia del 26 de junio de 2014. Aplicación N° 65941/11.

Hechos:

La pareja francesa de peticionarios no podía concebir en razón de un problema de fertilidad de la mujer. Por lo tanto, decidieron recurrir a la gestación por sustitución. Por este motivo, en junio de 2000 viajaron a los Estados Unidos. En octubre de ese año firmaron un contrato con una clínica de fertilización por subrogación y con el Sr. y la Sra. L., para que esta última fuera la portadora de un embrión proveniente de un ovocito de una donante anónima y gametos del peticionario. De esta manera, en octubre de 2001 nació Juliette Monique Labassee, la tercera peticionaria, hija de la pareja de peticionarios. La justicia de los Estados Unidos certificó todo el procedimiento y se realizó la partida de nacimiento en Minnesota que certificaba que la niña era hija de los peticionarios. Finalizado este proceso, los peticionarios y su hija regresaron a Francia.

En julio de 2003 la pareja obtuvo la primera negativa al reconocimiento e inscripción del acta de nacimiento de la hija en el registro de estado civil francés, por considerarla contraria al orden público, si bien sí se reconocía la existencia de un vínculo en la realidad. El 22 de marzo de 2007 la solicitud de los peticionarios fue denegada por un tribunal de Lille. Alegó que el estado de madre portadora era nulo y violatorio de la ley francesa y que tenía un carácter fraudulento, por lo que no se podía establecer un vínculo de filiación entre los peticionarios y la niña. El tribunal de apelaciones de Douai confirmó esa resolución el 14 de septiembre de 2009 y el 6 de abril de 2011 el tribunal de casación rechazó un nuevo recurso de los peticionarios.

Examen y decisión:

[...] [L]a negativa de las autoridades francesas a reconocer jurídicamente el vínculo familiar que unía a los peticionarios se analiza como una “injerencia” en su derecho al respeto de su vida familiar, y plantea un interrogante entonces sobre el plano de las obligaciones negativas del Estado a la luz del artículo 8, más que sobre sus obligaciones positivas. (Cf. Párr. 49)

El Tribunal recuerda que la extensión del margen de apreciación con el que cuentan los Estados varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto y la presencia o ausencia de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados partes puede constituir un factor pertinente en este sentido (ver [Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg](#) y [Negrepointis-Giannisis c. Grèce](#)). Así, por un lado, como no hay consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo Europeo, ya sea sobre la importancia relativa de interés en juego o sobre los mejores medios de protegerlo, en particular dado que el caso releva cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación es amplio. Por el otro lado, dado que un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo se encuentra en juego, el margen dejado al Estado es por regla restringido. **(Cf. Párr. 56)**

[La] ausencia de consenso refleja el hecho de que el recurso de acudir a la gestación por sustitución suscita interrogantes de orden ético delicados [...]. **(Cf. Párr. 58)**

Debe considerarse igualmente la circunstancia de que cuando se habla de filiación está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Conviene entonces atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado en el caso. **(Cf. Párr. 59)**

[...] [D]ebe prestar atención al principio esencial según el que, cada vez que la situación de un niño está en juego, el interés superior de éste debe primar (ver [Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg](#), y [E.B. c. France](#)). **(Cf. Párr. 60)**

El Tribunal estima que en el caso debe distinguirse el derecho de los peticionarios al respeto de su vida familiar por un lado y, por el otro, el derecho de la tercera peticionaria al respeto de su vida privada. **(Cf. Párr. 65)**

[...] [E]l Tribunal considera que la falta de reconocimiento en el derecho francés del lazo de filiación entre los primeros y la tercera peticionaria entre sí afecta necesariamente su vida familiar [...]. **(Cf. Párr. 66)**

Sin embargo, sea cual sea la importancia de los riesgos potenciales que pesan sobre la vida familiar de los peticionarios, el Tribunal estima que debe determinarlos a la luz de los obstáculos concretos que estos debieron sobrellevar efectivamente por la ausencia del reconocimiento en el derecho francés del vínculo de filiación entre los primeros y la tercera peticionaria (ver [X, Y et Z c. Royaume-Uni](#)) [...]. **(Cf. Párr. 71)**

El Tribunal observa que para rechazar las medidas que interpusieron los peticionarios en el ámbito del Convenio, el Tribunal de Casación subrayó que el hecho de que la posesión de estado de la tercera peticionaria respecto de los primeros peticionarios no pudiera producir ningún efecto en cuanto al establecimiento de su filiación, no le impedía vivir con los primeros peticionarios en Francia. El Tribunal deduce que en el caso, de conformidad con lo juzgado como importante en el caso [Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg](#), los jueces franceses no han obviado un examen concreto de la situación ya que, por esta fórmula, han evaluado de forma implícita pero necesaria, que las dificultades prácticas que los peticionarios hubieran podido encontrar en su vida familiar por la ausencia de reconocimiento en el derecho francés del vínculo establecido en el extranjero no sobrepasa los límites que impone el respeto del artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 72)**

Así, en vistas de los efectos concretos de la falta de reconocimiento en el derecho francés del vínculo de filiación entre los primeros peticionarios y la tercera entre sí respecto de su vida familiar por un lado, y por el otro lado el margen de apreciación del que dispone el Estado parte, el Tribunal estima que la situación a la que lleva la conclusión en el caso del Tribunal de Casación permite un justo equilibrio entre los intereses de los peticionarios y los del Estado, a pesar de que esto afecte el derecho al respeto de su vida familiar. **(Cf. Párr. 73)**

Ahora bien, en el ámbito del derecho positivo, la tercera peticionaria se encuentra en el caso en una situación de inseguridad jurídica [...] Francia, sin ignorar que ella había sido identificada como la hija de los peticionarios, sin embargo le negó esa calidad en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta contra la identidad de la tercera peticionaria en el seno de la sociedad francesa. **(Cf. Párr. 75)**

[...] Mismo si el artículo 8 de Convenio no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, eso no quita que la nacionalidad siga siendo un elemento de identidad de las personas (ver [Genovese c. Malte](#)) [...]. **(Cf. Párr. 76)**

Es concebible que Francia pueda desear desalentar a sus residentes de recurrir en el extranjero a un método de procreación que prohíbe en su territorio. Sin embargo, resulta de lo anterior que los efectos del no reconocimiento en el derecho francés del lazo de filiación entre los infantes así concebidos y los padres de intención no se limita a la situación de estos últimos, que solo han hecho la elección de modalidades de procreación que les reprochan las autoridades francesas: afectan además aquella de sus niños, ya que el derecho al respeto de la vida privada, que implica que cada uno puede establecer la sustancia de su identidad, y que incluye la filiación, se encuentra significativamente afectada. Surge entonces una cuestión grave de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto debe guiar toda decisión que los afecte. **(Cf. Párr. 78)**

Este análisis pone en evidencia una visión particular ya que, como en el caso, uno de los padres de intención es igualmente el progenitor del niño. En vistas de la importancia de la filiación biológica como elemento de identidad de cada uno, no se pretenderá que sea conforme al interés de un niño que se lo prive de un lazo jurídico de esta naturaleza sobre todo cuando la realidad biológica de ese lazo está establecida y el niño y el padre reivindican su pleno reconocimiento [...]. El Tribunal estima, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción a la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de la tercera peticionaria, que poniendo obstáculos tanto al reconocimiento como al establecimiento en el derecho interno de su lazo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado ha ido más allá de aquello que le permite el margen de apreciación. **(Cf. Párr. 79)**

No hubo violación del artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los peticionarios a que se respete su vida familiar. Por el contrario, sí hubo una violación de esta disposición en cuanto al derecho de la tercera peticionaria al respeto de su vida privada. **(Cf. Párr. 81)**

Observaciones: En similar sentido falló el Tribunal en el caso [Mennesson c. France](#). Sentencia del 26 de junio de 2014. Aplicación N° 65192/11.



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tuquabotekle and Others v. the Netherlands

Fecha de sentencia	1 de diciembre de 2005
Estado parte	Holanda
Voces	Derecho a la vida familiar. Inmigrantes. Control de migración. Hijos pequeños dejados en país de origen. Reunificación familiar. Permiso de residencia. Lazos familiares.
Cita y vínculo texto íntegro	TEDH. Caso Tuquabotekle and Others v. the Netherlands . Aplicación Nº 60665/00.Sentencia del 1 de diciembre de 2005.

Hechos:

La peticionaria, Sra. Goi Tuquabo-Tekle, tuvo tres hijos con su primer marido, fallecido en 1989 durante la guerra civil en Etiopía. En 1990 la peticionaria viajó a Noruega solicitando asilo por la persecución que sufría por las actividades de su marido por la liberación de Eritrea. Su hijo mayor Adhanom había permanecido en Addis Ababa con amigos de la peticionaria. Sus otros dos hijos, Mehret y Michael, con su abuela y su tío en el territorio de lo que luego fue Eritrea. Se le negó el asilo a la peticionaria pero se le otorgó un permiso de residencia por cuestiones humanitarias. Posteriormente, se otorgó permiso de residencia a los hijos. El mayor pudo entrar al país en el 1991, pero no fue posible que los otros dos dejaran Eritrea ya que no se había podido obtener los documentos necesarios por falta de infraestructura para confeccionarlos en Eritrea, y porque las autoridades de Etiopía no lo harían para ciudadanos de ese origen.

En junio de 1992 la peticionaria contrajo matrimonio con el Sr. Tuquabo-Tekle que vivía en Holanda en calidad de refugiado. En julio del siguiente año la peticionaria y su hijo se trasladaron a Holanda para vivir, donde obtuvieron el permiso de residencia. Durante los años siguientes nacieron los dos hijos de la pareja, Tmnit y Ablel.

En septiembre de 1997 la pareja solicitó una visa para que se le otorgara la residencia provisional a Mehret, la hija de 15 años de la peticionaria, como prerrequisito para obtener el permiso de residencia. A fines de mayo del siguiente año este pedido fue rechazado por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Los argumentos de la autoridad se centraron en la falta de fundamento para la reunión familiar porque habían dejado de existir los lazos familiares de Mehret con la peticionaria cuando esta había abandonado el país y porque nunca habían existido con su padrastro; asimismo porque la niña ya no pertenecía al núcleo familiar de la peticionaria, que había conformado una nueva unidad familiar en Holanda que no la incluía. En 1998 la pareja objetó esta resolución sosteniendo que no se habían podido obtener los documentos de la niña antes para iniciar los

trámites, que una vez obtenidos había enviado regularmente dinero a la niña, que no contaban antes con la estabilidad económica suficiente como para recibirla y que la niña no llevaba una existencia normal en Eritrea ya que, por haber llegado a una edad matrimoniable, su abuela había decidido que no asistiera más a la escuela. En enero de 1999 el Ministerio rechazó la objeción, reiterando sus argumentos. La peticionaria y su marido apelaron en nombre de la niña frente al Tribunal Regional, que desestimó el pedido sosteniendo que no había razones objetivas que obligaran al Estado a permitir la reunificación familiar en su territorio.

Examen y decisión:

Para establecer el alcance de las obligaciones del Estado, el Tribunal debe examinar los hechos del caso a la luz de los principios aplicables, que han sido previamente establecidos como surge a continuación (ver [Gül v. Switzerland](#) y [Ahmut v. the Netherlands](#)): la extensión de las obligaciones del Estado de admitir en su territorio a parientes de inmigrantes ya establecidos en el territorio varía de acuerdo a las particulares circunstancias de las personas involucradas u al interés general; (b) en razón de las arraigadas leyes internacionales y la sujeción a las obligaciones de los tratados, un Estado tiene el derecho de controlar la entrada de extranjeros a su territorio; (c) cuando la inmigración es la cuestión, no puede considerarse que el artículo 8 imponga al Estado una obligación general de respetar la elección de las parejas casadas del país de su residencia matrimonial y de autorizar la reunión familiar en su territorio. (Cf. Párr. 43)

El presente caso gira sobre si las autoridades del Estado responsable estaban bajo el deber de permitir a Mehret la residencia en Holanda con su madre, padrastro y hermanos, permitiéndole a los peticionarios allí, por lo tanto, el desarrollo de su vida familiar. El Tribunal debe examinar si al negarse a hacer esto puede decirse que el Gobierno ha dado con un balance justo entre los intereses de los peticionarios por un lado y sus propios intereses en el control de la inmigración por el otro. En su evaluación, el Tribunal deberá considerar la edad los/las menores de edad afectados/as, su situación en el país de origen y el alcance de la dependencia de sus padres. En este contexto, no debe perderse de vista que el presente caso concierne no sólo a la inmigración sino también a la vida familiar que involucra a un extranjero – Sra. Tuquabo-Tekle – que ya tenía una familia que había abandonado en otro país hasta que obtuviera estabilidad en sus respectivos países receptores, esto es Noruega y Holanda (ver [Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom](#)). (Cf. Párr. 44)

[...] [E]l Tribunal ha señalado previamente que no puede asumirse que los padres que dejan a sus hijos mientras se instalan en el exterior han irrevocablemente decidido que esos niños permanecerían en el país de origen permanentemente y que han abandonado la idea de un futura reunificación familiar (ver [Sen v. the Netherlands](#)) [...]. (Cf. Párr. 45)

[...] [E]l Tribunal observa que la presente petición es muy similar al caso de [Sen v. the Netherlands](#) (citado anteriormente), en el que ha encontrado una violación del artículo 8 del Convenio. Ese caso también tenía que ver con padres establecidos en Holanda con estatus de inmigrantes que eligieron dejar a su hija (Sinem) bajo el cuidado de parientes en su país de origen (Turquía) por varios años antes de solicitar la reunión con ella. En este punto el Tribunal remarca que es cuestionable hasta qué punto puede mantenerse en el presente caso, como hizo el Gobierno, que la Sra. Tuquabo-Tekle dejó a Mereht “por su propia y libre voluntad”, teniendo en cuenta que dejó Eritrea en medio de una guerra civil en busca de asilo en el exterior, luego de la muerte de su marido. Sea esto como sea, es el caso en el que la Sra. Tuquabo-Tekle y su marido, al igual que el Sr. y la Sra. Sen, habían estado residiendo en Holanda legalmente durante varios años, incluso optando y obteniendo la nacionalidad holandesa. Además, y también en el caso de Sen, dos hijos de la pareja habían nacido en Holanda: Tmnit en 1994 y Adlel en 1995. Estos dos niños siempre vivieron en Holanda y ese es su medioambiente cultural y lingüístico, tienen nacionalidad holandesa y asisten a la escuela allí. En consecuencia, solo pueden tener, si es que los hay, mínimos lazos con el país de origen de sus padres (ver [Sen v. the Netherlands](#)). (Cf. Párr. 47)

Fueron precisamente estas circunstancias las que llevaron al Tribunal a concluir a en el caso de Sen que existía un grave impedimento para la familia para retornar a Turquía, y que permitir a Simen ir a Holanda sería la forma más adecuada en la que la familia podría desarrollar su vida familiar con ella. El Tribunal agregó que esto era más necesario ya que, en vistas de la corta edad de Sinem, su integración en la unidad familiar

cercana era particularmente exigente. Es este este último aspecto que los dos casos son diferentes: mientras que Sen Simen tenía 9 años cuando sus padres peticionarios la reunificación con ella, Mehret ya tenía 15 cuando su madre y padrastro aplicaron por una visa de residencia provisional para ella. El tema es si esto constituye tal diferencia material para que el presente caso deba, por esa razón, ser distinguido de Sen, y lleve a una resolución distinta. **(Cf. Párr. 48)**

En efecto, el Tribunal ha rechazado previamente casos que involucraban peticiones de reunión familiar y quejas bajo el artículo 8 en las que los menores de edad afectados habían durante ese tiempo arribado a una edad en la que presumiblemente ya no tenían tanta necesidad de cuidado como los niños pequeños y sí la capacidad de valerse por sí mismos. En casos de esta naturaleza, el Tribunal también ha examinado si los menores de edad han crecido en el medioambiente cultural y lingüístico de su país de origen, si tienen otros parientes allí, y si se podría esperar que los padres regresaran al país (ver *Benamar v. the Netherlands, I.M. v. the Netherlands* y *Chandra and Others v. the Netherlands*). **(Cf. Párr. 49)**

Considerando lo anterior, el Tribunal encuentra que el Estado responsable no ha logrado un balance equilibrado entre los intereses de los peticionarios por un lado y sus propios intereses en el control de la inmigración por el otro.

En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio. **(Cf. Párr. 52)**

Observaciones: En similar sentido se ha pronunciado el TEDH en los casos [Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom](#). Plenario del 25 de mayo de 1985. Aplicaciones N° 9214/80, 9473/81 y 9474/81; y [Gül v. Switzerland](#). Sentencia del 19 de febrero de 1996. Aplicación N° 23218/94.



Comité de Derechos Humanos

F. H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands

Fecha de sentencia	28 de septiembre de 1984
Estado parte	Países Bajos
Voces	Prohibición de discriminación. Seguridad social. Diferenciación por razón de estado civil. Diferenciación por razón de sexo.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de Derechos Humanos (ONU). Comunicación No. 182/1984. F. H. Zwaan-de Vries v. The Netherlands . U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 de 209 (1990). 28 de septiembre de 1984.

Hechos:

La peticionaria, Sra. Zwaan-de Vries, casada con el Sr. C. Zwaan, trabajó como operadora de ordenadores entre principios de 1977 hasta febrero de 1979, mes en que quedó desempleada. En virtud de la Ley de Desempleo se le abonaron prestaciones por desempleo hasta el 10 de octubre de 1979. Posteriormente solicitó que se le continuara prestando ayuda de conformidad con la Ley de Protección contra el Desempleo. El municipio de Ámsterdam denegó su solicitud basándose en que la solicitante no reunía los requisitos necesarios por ser casada; la negativa se fundamentó en el inciso 1) del párrafo 1 del artículo 13 de la Ley de Protección contra el Desempleo, que no se aplicaba a los hombres casados. La peticionaria sometió el asunto a los órganos internos competentes. En su decisión del 9 de mayo de 1980, el Municipio de Ámsterdam confirmó su anterior decisión. La peticionaria apeló la decisión ante el Consejo de Apelaciones de Ámsterdam, el cual consideró su apelación sin fundamento, lo cual fue confirmado luego por el Consejo Central de Apelaciones.

Examen y decisión:

Aunque el artículo 26 exige que la ley prohíba la discriminación, dicho artículo no contiene en sí mismo ninguna obligación con respecto a las cuestiones que pueda regular la ley. Así, no exige, por ejemplo, a ningún Estado que promulgue una ley estableciendo la seguridad social. Sin embargo, una vez que esta ley haya sido aprobada en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, deberá ajustarse al artículo 26 del Pacto. **(Cf. Párr. 12.4)**

El Comité observa a este respecto que la cuestión que se discute no es si en los Países Bajos debe o no establecerse progresivamente la seguridad social, sino más bien si la legislación por la que se establece la seguridad social viola la prohibición contra la discriminación contenida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las garantías que concede este artículo a todas las personas para las que debe establecerse una protección igual y eficaz contra la discriminación. **(Cf. Párr. 12.5)**

El derecho de la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en unos criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26. **(Cf. Párr. 13)**

Así pues, el Comité debe determinar, además, si la distinción en la legislación neerlandesa en la época de que se trata y según se aplicó a la peticionaria constituye discriminación en el sentido del artículo 26. El Comité observa que en la legislación neerlandesa, las disposiciones de los artículos 84 y 85 del Código Civil neerlandés imponen iguales derechos y obligaciones a ambos cónyuges con respecto a sus ingresos comunes. En virtud del inciso 1) del párrafo 1 del artículo 13 de la Ley de Desempleo, para que una mujer casada pueda percibir los beneficios de dicha Ley, debe demostrar que es el “sostén de la familia” –condición que no se aplica a los hombres casados. Esta diferenciación, que parece basarse solamente en el estado civil, constituye de hecho una diferenciación por razón del sexo, ya que coloca en situación de desventaja a las mujeres casadas frente a los hombres casados. Esta diferenciación no es razonable y así parece haberlo reconocido efectivamente el propio Estado Parte al promulgar una enmienda a la legislación el 29 de abril de 1985 con efecto retroactivo al 23 de diciembre de 1984. **(Cf. Párr. 14)**

Las circunstancias en que se encontraba, en el momento de los hechos, la peticionaria y la aplicación neerlandesa válida entonces le hicieron víctima de una violación, basada en el sexo, del artículo 26 del PIDESC, por lo que se le denegó un beneficio de la seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres. **(Cf. Párr. 15)**

El Comité toma nota de que el Estado Parte no tuvo intención de discriminar contra la mujer y toma nota además con satisfacción de que las disposiciones discriminatorias de la ley aplicada a la peticionaria han sido eliminadas ulteriormente. Aunque el Estado Parte ha tomado así las medidas necesarias para poner término a este tipo de discriminación sufrida por la Sra. Zwaan-de Vries en el momento al cual se refiere la reclamación, El Comité considera que el Estado Parte debería ofrecer a la peticionaria una reparación adecuada. **(Cf. Párr. 16)**

Observaciones: esta comunicación ha sido citada reiteradamente como ejemplo de la aplicación de normas de no discriminación e igualdad respecto de los derechos económicos y sociales. Cabe destacar un caso similar resuelto por el Comité en ese mismo periodo: [S. W. M. Brooks v. the Netherlands](#) (Comunicación No. 172/1984, CCPR/C/29/D/172/1984, 9 de abril de 1987), el Comité encontró que la discontinuación de los pagos de desempleo según la Ley de Beneficios para el Desempleo de los Países Bajos en el caso en que la solicitante fuera una mujer casada, violaba el Artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La decisión también sirvió de base para la Observación General sobre el Artículo 26 del Comité de Derechos Humanos, que contiene una extensa interpretación de los derechos a la igualdad y no discriminación conforme al PIDCP. Recientemente, en [Young v. Australia](#) (Comunicación No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)), el Comité aplicó el caso al acceso a pensiones para parejas del mismo sexo. Por otra parte, en [Dietmar Pauer v. Austria](#) (Comunicación No 716/1996, U.N. Doc. CCPR/C/65/D/716/1996 (30 de abril de 1999)), el Comité determinó que la Ley de Pensiones de Austria, que fijaba una pensión reducida para la viuda, pero una pensión completa para el viudo, constituía una discriminación ilegal por motivos de sexo que violaba el Artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En [Hendrika S. Vos v. the Netherland](#) (Communication No. 218/1986, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/218/1986 (1989)), el Comité estimó que discontinuar los beneficios de incapacidad para la mujer al momento en que ésta empieza a recibir una pensión menor por viudez, cuando en condiciones similares un hombre seguiría percibiendo beneficios por incapacidad, era “objetivo” y “razonable” para evitar la superposición en la distribución de beneficios de seguro social y, por lo tanto, no violaba el Artículo 26.



Comité de Derechos Humanos

Mónaco de Gallicchio v. Argentina

Fecha de sentencia	3 de abril de 1995
Estado parte	Argentina
Voces	Derecho a la identidad. Derecho de representación. Tutela. Derecho a la vida privada y familiar. Medidas especiales de protección. Remedio pronto y eficaz. Personalidad legal del niño.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de Derechos Humanos (ONU). Comunicación No. 400/1990. Mónaco de Gallicchio v. Argentina . CCPR/C/53/D/400/1990 (1995). 3 de abril de 1995.

Hechos:

El 5 de febrero de 1977, la hija de la peticionaria fue conducida junto con su propia hija (nieta de la peticionaria, y que contaba entonces con nueve meses de edad), al Departamento Central de la Policía Federal en Buenos Aires. Su padre fue detenido al día siguiente en la ciudad de Rosario. Los padres desaparecieron posteriormente, y nunca se ha podido dar con su paradero. Las investigaciones iniciadas por la peticionaria condujeron en 1984 a la localización de Ximena Vicario, que residía entonces en casa de la enfermera S.S., quien afirmó haberse ocupado de la niña desde su nacimiento. Los análisis de sangre genéticos (histocompatibilidad) demostraron, con una probabilidad del 99,82%, que la niña era nieta de la peticionaria.

A la luz de lo anterior, el fiscal ordenó la prisión preventiva de S.S., por considerársela sospechosa de haber cometido los delitos de ocultamiento de menor y falsificación de documentos, sancionados por los artículos 5, 12, 293 y 146 del Código Penal argentino.

El 2 de enero de 1989 se concedió a la peticionaria la guarda "provisional" de la niña, pero S.S. solicitó inmediatamente derechos de visita, que le fueron concedidos por sentencia de la Corte Suprema el 5 de septiembre de 1989. En la misma sentencia, la Corte Suprema falló también que la peticionaria no podía ser parte en el expediente tutelar, puesto que según el artículo 19 de la Ley Nº 10903, sólo los padres y tutores pueden intervenir directamente en la causa.

El 23 de septiembre de 1989 la peticionaria, basándose en informes psiquiátricos sobre los efectos de las visitas de S.S. en Ximena Vicario, pidió al tribunal la suspensión de dichas visitas. La petición fue rechazada por falta de legitimación. Apelada, esa decisión fue confirmada el 29 de diciembre de 1989 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires.

Examen y decisión:

En cuanto a la presunta violación del artículo 16 del Pacto, el Comité considera que los hechos que le han sido expuestos no corroboran la conclusión de que el Estado Parte ha denegado a Ximena Vicario el reconocimiento como persona ante la ley. En realidad, los tribunales del Estado Parte han tratado de establecer su identidad y le han expedido los correspondientes documentos de identidad. **(Cf. Párr. 10.2)**

En cuanto a la alegación hecha por Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio de que se ha violado su derecho al reconocimiento como persona ante la ley, el Comité observa que, aunque su legítimo derecho a representar a su nieta en las actuaciones judiciales sobre tutela de la niña le fue denegado en 1989, los tribunales reconocieron su legítimo derecho a representar a su nieta en varias causas, en particular en la actuación judicial para declarar la nulidad de la adopción, y que se le concedió la tutela respecto de Ximena Vicario. Aunque estos hechos no plantean ninguna cuestión en relación con el artículo 16 del Pacto, la denegación inicial del legítimo derecho de representación que correspondía a la Sra. Mónaco dejó efectivamente a Ximena Vicario sin la debida representación y, en consecuencia, sin la protección a la que tenía derecho en su condición de menor. Considerada en conjunto con los hechos mencionados en el párrafo 10.5 infra, la denegación del legítimo derecho de representación de la Sra. Mónaco constituyó una violación del artículo 24 del Pacto. **(Cf. Párr. 10.3)**

En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela, es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S.S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto. Esos actos constituyen asimismo violaciones del párrafo 1 del artículo 23 y de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto. Sin embargo, esos actos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor para la Argentina, el 8 de noviembre de 1986. Véase la decisión del Comité sobre admisibilidad en el caso de la comunicación Nº 275/1988, S. E. c. la Argentina, que fue declarada inadmisibile, *ratione temporis*, el 26 de marzo de 1990, párr. 5.3., del Pacto y del Protocolo Facultativo, por lo que el Comité no está en situación, *ratione temporis*, de dictar una decisión al respecto. Sin embargo, el Comité podría determinar que ha habido una violación del Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen, en cuanto tales, violaciones del Pacto. El Comité observa que las graves violaciones del Pacto cometidas por el régimen militar de la Argentina en el caso que nos ocupa han sido objeto de numerosas actuaciones ante los tribunales del Estado Parte, los cuales han defendido, en definitiva, el derecho a la vida privada y a la vida familiar de Ximena Vicario y de su abuela. En cuanto a los derechos de visita otorgados inicialmente a S.S., el Comité observa que los tribunales competentes de la Argentina trataron ante todo de determinar los hechos y establecer un equilibrio de los intereses humanos de las personas de que se trata, y que, en relación con esas investigaciones, se adoptaron varias medidas encaminadas a reparar los agravios causados a Ximena Vicario y su abuela, entre ellos la suspensión de los derechos de visita otorgados a S.S., habida cuenta de las recomendaciones de los psicólogos y de los deseos de la propia Ximena Vicario. No obstante, la denegación inicial del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta para impugnar la decisión sobre el derecho de visita parece haber retrasado estas medidas de reparación. **(Cf. Párr. 10.4)**

Si bien el Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a Ximena Vicario y su abuela, observa que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de esas actuaciones aún no se encuentran terminadas. El Comité observa que, entretanto, Ximena Vicario, que tenía 7 años de edad cuando fue hallada, alcanzó la mayoría de edad (18 años) en 1994, y que no fue sino hasta 1993 que se reconoció oficialmente su identidad legal como Ximena Vicario. En las circunstancias concretas de este caso, el Comité estima que la protección de los niños que se estipula en el artículo 24 del Pacto exigía que el Estado Parte tomara medidas positivas para poner pronto y eficaz remedio a la difícil situación de Ximena Vicario. En este contexto, el Comité recuerda su Comentario General sobre el artículo 24. Comentario General Nº 17, aprobado en el 35º período de sesiones del Comité,

celebrado en 1989, en el que recalca que todo niño tiene derecho a las medidas especiales de protección que requiere su condición de menor; tales medidas especiales complementan las medidas que los Estados están obligados a tomar en virtud del artículo 2 para garantizar a toda persona el goce de los derechos reconocidos en el Pacto. Teniendo presentes los sufrimientos que ya ha padecido Ximena Vicario, quien perdió a sus padres en circunstancias trágicas imputables al Estado Parte, el Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño. **(Cf. Párr. 10.5)**

En relación con las violaciones del Pacto que tuvieron lugar antes del 8 de noviembre de 1986, el Comité insta al Estado Parte a que persevere en sus esfuerzos encaminados a investigar la desaparición de niños, establecer su verdadera identidad, proveerlos de documentos de identidad y pasaportes a su verdadero nombre, y conceder prontamente la debida reparación a ellos y a sus familias. **(Cf. Párr. 11.4)**



Comité contra la Tortura

A.S. v. Sweden

Fecha de sentencia	15 de febrero de 2001
Estado parte	Suecia
Voces	Discriminación de la mujer. Matrimonio forzado. Lapidación por adulterio. Refugio.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité contra la Tortura (CAT). A. S. v. Sweden . Comunicación No. Comunicación N° 149/1999. CAT/C/25/D/149/1999. 15 de febrero de 2001.

Hechos:

A.S., ciudadana iraní que residía con su hijo en Suecia, donde habían solicitado la condición de refugiados en diciembre de 1997, quedó viuda en el año 1981. Su esposo, que era un alto oficial de la Fuerza Aérea iraní, murió en circunstancias poco claras durante un entrenamiento; no fue posible determinar si su muerte fue accidental. Tanto ella como su esposo pertenecían a familias laicas opuestas al régimen de los mullah. En 1991, el Gobierno de Irán declaró mártir a su difunto esposo. Todas las familias que poseían mártires eran apoyadas y cuidadas por el Comité de Mártires, *Bonyad-e Shahid*, fundación de gran influencia en la sociedad iraní. Si bien la condición social y las condiciones materiales de vida de ella y sus dos hijos mejoraron mucho, la autora tuvo que someterse con mayor ahínco a las estrictas normas de la sociedad islámica. Una tarea de este Comité era convencer a las viudas de los mártires de que se volvieran a casar. La peticionaria se negó en todo momento a hacerlo.

A fines de 1996 uno de los dirigentes de dicho Comité la obligó a casarse bajo la amenaza de hacerle daño a ella y a sus hijos, el menor de los cuales era discapacitado. La peticionaria fue obligada a contraer un tipo de matrimonio llamado *sighe* o *mutah*, que es un matrimonio de corta duración, en el presente caso un año y medio, y cuya legitimidad reconocen únicamente los musulmanes chiítas. No se esperaba que la peticionaria viviera con su esposo, sino que estuviera a su disposición cuando él lo necesitase.

En 1997, la peticionaria conoció a un cristiano y se enamoró de él. Ambos se encontraban en secreto, ya que la mujer musulmana no debía tener contacto con cristianos. Una noche, en una barricada, fueron detenidos por los *pasdaran* (guardias revolucionarios iraníes), que registraron el vehículo. Cuando comprobaron que él era cristiano y ella la viuda de un mártir, los llevaron retenidos a la comisaría de Ozghol en el distrito Lavison de Teherán. Desde entonces la peticionaria no ha vuelto a verlo. Expuso, sin embargo, que después de llegar a

Suecia tomó conocimiento de que bajo tortura él confesó el adulterio y fue encarcelado y condenado a morir lapidado.

La peticionaria fue maltratada durante el interrogatorio en que se investigaban las sospechas de que no había actuado conforme a los preceptos del islam. Posteriormente, fue igualmente maltratada por su marido. Después de marcharse de Irán fue condenada en ausencia a morir lapidada por adúltera.

Examen y decisión:

El Estado Parte no cuestiona que en el Irán se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. El Comité toma nota de los informes, entre otros, del Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado de examinar la situación de los derechos humanos en el Irán (E/CN.4/2000/35), de 18 de enero de 2000, que indica que si bien se están haciendo grandes progresos en lo que respecta a la situación de la mujer en sectores como la educación y la formación, "se avanza poco respecto a las barreras sistémicas que subsisten a la igualdad" y a "la eliminación de actitudes patriarcales en la sociedad". También se toma nota de que este informe y muchos otros de organizaciones no gubernamentales confirman que en los últimos tiempos se ha condenado a muchas mujeres a morir lapidadas por adulterio. **(Cf. Párr. 8.7)**

Considerando que la versión de la autora coincide con los conocimientos que tiene el Comité de la situación en materia de derechos humanos en el Irán, y que la autora ha dado explicaciones plausibles de los motivos por los cuales no ha proporcionado o no ha podido proporcionar determinados detalles que podrían haber sido pertinentes en su caso, el Comité opina que, en las circunstancias del caso, el Estado Parte, de conformidad con el artículo 3 de la Convención, tiene la obligación de abstenerse de devolver por la fuerza a la autora al Irán o a cualquier otro país en el cual corra el riesgo de ser expulsada o devuelta al Irán. **(Cf. Párr. 9)**



Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

A. S. v. Hungary

Fecha de sentencia	29 de agosto de 2006
Estado parte	Hungría
Voces	Planificación familiar. Educación sexual. Medidas anticonceptivas. Esterilización forzada. Esterilización quirúrgica. Consentimiento previo. Derecho a decidir número y espaciamiento de los hijos.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CE-DAW). Comunicación No. 4/2004, A. S. v. Hungría , CE-DAW/C/36/D/4/2004. 29 de agosto de 2006.

Hechos:

En el año 2000, A.S., perteneciente a la comunidad romaní, tuvo un embarazo normal y cumplió con los controles y cuidados adecuados. El día 2 de enero de 2001 comenzó con contracciones; sufrió importantes pérdidas de sangre y tuvo que ser trasladada en ambulancia al hospital. Al ser atendida, se le informó que se trataba de un feto muerto y que era necesario realizar la cirugía para extraerlo inmediatamente. Encontrándose en la mesa de operaciones, se le solicitó que firmara la autorización para la realización de la cesárea. La autorización estaba redactada en los siguientes términos: “Habiendo sido informada de la muerte del embrión dentro de mi útero, solicito firmemente mi esterilización. No tengo intención de volver a dar a luz, ni deseo quedar embarazada”. Debido a su estado emocional, y como la palabra “esterilización” estaba escrita en latín, no comprendió de qué se trataba. Se llevó a cabo la cirugía de extracción del feto muerto y se le realizó un ligamiento de trompas. Al abandonar el hospital, A.S. quiso saber cuándo podría volver a concebir, y fue entonces que tomó conocimiento de que había sido esterilizada. Todo esto le produjo severas consecuencias de salud y tanto ella como su pareja tuvieron que ser tratados para superar una depresión. Tanto por las convicciones religiosas católicas como por su pertenencia a la comunidad romaní, el poder concebir y la no utilización de métodos anticonceptivos resultaba de gran importancia para ella. La peticionaria realizó una demanda civil contra el hospital donde había sido esterilizada pero ésta fue rechazada, al igual que la apelación.

Examen y decisión:

“[...] Con respecto a la denuncia de que el Estado Parte infringió el apartado h) del artículo 10 de la Convención al no proporcionar información y asesoramiento sobre planificación de la familia, el Comité recuerda su

recomendación general No. 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en la que se reconoce que, en el contexto de las 'prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como... la esterilización forzad[a]', a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener 'información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia'. [...] El Comité considera que la peticionaria tenía un derecho tutelado por el apartado h) del artículo 10 de la Convención a recibir información específica sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación de la familia a fin de evitar que se realizara una intervención de este tipo sin que ella hubiera tomado una decisión con pleno conocimiento de causa.

Además, el Comité toma nota de la descripción del estado de salud de la peticionaria a su llegada al hospital y observa que cualquier asesoramiento que haya recibido debe habersele proporcionado en condiciones de tensión y totalmente inapropiadas.

Habida cuenta de estos factores, el Comité considera que el Estado Parte, por conducto del personal del hospital, no proporcionó la información ni el asesoramiento apropiados sobre planificación de la familia, lo que constituye una violación de los derechos de la peticionaria previstos en el apartado h) del artículo 10 de la Convención". **(Párr. 11.2)**

"[...] Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la peticionaria amparados por el artículo 12 de la Convención al proceder a la esterilización quirúrgica sin haber obtenido previamente su consentimiento informado, [...] el Comité, en su recomendación general No. 24 sobre la mujer y la salud, explicó que '[s]on aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad [...]'. El Comité declaró además que '[l]os Estados partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento [...] que violan el derecho de la mujer a la dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa'. El Comité considera que, en el presente caso, el Estado Parte no se aseguró de que la peticionaria diera su consentimiento con pleno conocimiento de causa para ser esterilizada, por lo que se violaron los derechos que otorga a la peticionaria el artículo 12." **(Párr. 11.3)**

"[...] Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la peticionaria establecidos en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención, el Comité recuerda su recomendación general No. 19, sobre la violencia contra la mujer, en la que declaró que 'la esterilización...obligatori[a] influy[e] adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos'. La peticionaria fue sometida a esterilización quirúrgica sin su consentimiento pleno e informado y debe considerarse que fue privada de manera permanente de su capacidad natural de procrear. Por consiguiente, el Comité considera que se han violado los derechos de la peticionaria amparados por el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16". **(Párr. 11.4)**

"En virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que los hechos que le han sido expuestos constituyen una infracción del apartado h) del artículo 10, del artículo 12 y del apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención [...]". **(Párr. 11.5)**



Comité de Derechos Humanos

E. B. v. New Zealand

Fecha de sentencia	21 de junio de 2007
Estado parte	Nueva Zelanda
Voces	Trámite judicial de tutela. Juicio diligente. Riesgo par el bienestar de los hijos.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de Derechos Humanos (ONU). Comunicación No. 1368/2005. E. B. v. New Zealand . CCPR/C/89/D/1368/2005. 21 de junio de 2007.

Hechos:

El peticionario se separó de su esposa en el año 2000, con la que había tenido dos hijas y un hijo. A partir del 4 de noviembre de 2000 la esposa no permitió que el peticionario visitara a los hijos, por lo que el peticionario solicitó al Tribunal de Familia el derecho de visita. En mayo de 2001, la esposa del peticionario rindió una primera declaración a la policía, en la que lo acusaba de abuso sexual de sus dos hijas. Las declaraciones continuaron, la policía investigó las acusaciones y se procedió a tomar declaración filmada a las dos hijas a efectos probatorios en cuatro ocasiones. El 30 de enero de 2003, la policía decidió no presentar cargos contra el peticionario.

El 24 de junio de 2003, el Tribunal de Familia desestimó la demanda sobre el derecho de visita en virtud de un artículo de la Ley neozelandesa sobre Tutela de 1968. El juez no había podido llegar al convencimiento, según el cálculo de probabilidades, de que el peticionario realmente abusó de sus hijas sexualmente. No obstante, consideró que el peticionario representaba "un riesgo inaceptable" para su seguridad. Estimó que "lo que había ocurrido realmente" entre el peticionario y sus hijas, "fuera lo que fuese, había causado una impresión profunda y duradera en ellas". Las hijas, paralelamente, habían expresado su deseo de no tener contacto con su padre. El juez concluyó que otorgar al peticionario el derecho de visita no sería bueno para los hijos.

El peticionario apeló ante el Tribunal Superior alegando el reconocimiento a los progenitores del derecho humano fundamental de relacionarse con sus hijos. Tribunal de Apelación no admitió a trámite el recurso. El 21 de abril de 2004, el hijo (E.) denunció a su padre por abuso sexual. El abogado del peticionario presentó un recurso ante el Tribunal por considerarlo improcedente. En un auto de 19 de junio de 2006 el Tribunal admitió el recurso. Al 30 de agosto de 2006, el Tribunal seguía a la espera de terminar el procedimiento.

Examen y decisión:

“El Comité se remite a su jurisprudencia constante según la cual ‘la índole misma de las actuaciones judiciales sobre tuición o sobre el acceso de un padre divorciado a sus hijos requiere que las cuestiones que han suscitado la denuncia sean resueltas con prontitud’. Si no se hace así, este mero hecho puede determinar fácilmente por sí mismo la decisión sobre el fondo de la demanda, especialmente si, como en el presente caso, los hijos son de corta edad, y puede perjudicar irreparablemente los intereses del progenitor a quien no se ha confiado la tenencia y custodia. Recae, pues, en el Estado Parte el deber de velar por que todos los actores estatales involucrados en la resolución de estas cuestiones, ya sean los tribunales, la policía, las autoridades encargadas de la protección del menor u otros, estén adecuadamente financiados y estructurados y fijen sus prioridades con el fin de garantizar una resolución suficientemente diligente de tales procedimientos y salvaguardar los derechos que el Pacto reconoce a las partes.” **(Párr. 9.3)**

“En el presente caso, el Estado Parte no ha justificado ante el Comité la larga demora para resolver ambas series de demandas. En particular, no ha demostrado la necesidad de investigaciones policiales tan prolongadas, como en el presente caso, de denuncias que, aunque ciertamente graves, no eran jurídicamente complejas y que, desde el punto de vista de los hechos, suponían la valoración del testimonio oral de un número muy reducido de personas. La obtención de partes psicológicas para contribuir a la labor del Tribunal también ha sido particularmente prolongada. Asimismo, el Comité toma nota de la preocupación expresada por los tribunales internos acerca de la prolongada duración de las actuaciones. Habida cuenta de la prioridad otorgada a la resolución de estos asuntos y a la luz de la jurisprudencia del Comité en casos similares (véase [Fei v. Colombia](#), Comunicación No. 514/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/514/1992 (1995), procede concluir que el derecho del peticionario a un juicio diligente, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, fue violado con respecto a la demanda relativa a S. y a C. y se sigue violando (a septiembre de 2006) en lo que respecta a la demanda pendiente de resolución relativa a E”. **(Párr. 9.4)**

“En cuanto a las propias alegaciones del peticionario al amparo de los artículos 17 y 23 del Pacto, el Comité observa que el Tribunal de la Familia declaró que no había quedado demostrado que el peticionario hubiera cometido abusos con sus hijos. No obstante, el juez decidió, sobre la base de todas las pruebas disponibles y valoradas por él (véanse los párrafos 2.4 y 2.5 supra), que restablecer las visitas del peticionario con sus hijos constituiría un ‘riesgo inaceptable para el bienestar de los hijos’. El Comité observa que el juez del Tribunal de la Familia efectuó una valoración plena y equilibrada de la situación, sobre la base del testimonio de las partes y de los peritos y que, aun reconociendo el amplio alcance de la decisión de denegar la solicitud de visitas presentada por el peticionario, el juez declaró que no redundaba en el interés superior de los niños el hacerlo. Dado las circunstancias particulares del caso, el Comité no puede llegar a la conclusión de que la decisión del juez infringiera los derechos del peticionario en virtud del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto”. **(Párr. 9.5)**

“El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entiende que los hechos que considera probados indican que hubo violación por el Estado Parte de los derechos del peticionario en virtud del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto”. **(Párr. 10)**



Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

L. C. v. Perú

Fecha de sentencia	25 de noviembre de 2011
Estado parte	Perú
Voces	Atención médica. Planificación familiar. Discriminación contra la mujer. Protección jurídica. Recurso efectivo. Embarazo. Aborto terapéutico. Protección del feto.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Comunicación No. 22/2009, L. C. v. Perú , 25 de noviembre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009.

Hechos:

El día 31 de marzo de 2007, la hija de la peticionaria, de 13 años de edad, intentó suicidarse arrojándose desde un edificio. Desde los 11 años era abusada sexualmente por J.C.R, un varón de aproximadamente 34 años, y ella temía además haber quedado embarazada (embarazo que se constató con un examen ginecológico el 5 de abril de ese año). Producto del intento de suicidio tuvo una paraplejía de los miembros inferiores y superiores que, de acuerdo a los médicos, requería una intervención quirúrgica urgente para evitar que se agravara y terminara inválida. Se programó una intervención para el día 12 de abril, sin embargo la intervención se suspendió, informándosele a la peticionaria que ésta no se realizaría debido al embarazo de la hija. Para resguardar la salud y vida de la niña, la madre solicitó que se le practicara un aborto terapéutico, pero la Junta Médica del hospital, 42 días después de presentada esa petición, la desestimó manteniendo esta decisión aún luego de contar con una decisión favorable al aborto por parte de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico de Perú. El 16 de junio, L.C. sufrió un aborto espontáneo. El 11 de julio, tres meses y medio después de que fuera establecida la necesidad urgente de la cirugía en la columna, L.C. fue operada.

A partir de los hechos, la peticionaria no puede trabajar debido a que L.C. requiere cuidados constantes. Por otra parte, el costo de los medicamentos y elementos de salud que necesita suponen una carga excesiva para la economía familiar, por lo que los hermanos de L.C. tuvieron que abandonar sus estudios y comenzar a trabajar.

Examen y decisión:

“El Comité recuerda las obligaciones que incumben al Estado parte con arreglo al artículo 12, según el cual ha de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Recuerda también su [Recomendación general N° 24](#), que, en su condición de instrumento interpretativo autorizado en relación con el artículo 12, establece que ‘la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria’ (párr. 11). La recomendación señala igualmente que ‘el deber de los Estados partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. Además los Estados partes deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12’ (párr. 13).” **(Párr. 8.11)**

“[...] el Comité considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L.C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. [...] el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación de los derechos que asisten a L.C. en virtud del artículo 12 de la Convención. Considera también que los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre. [...]” **(Párr. 8.15)**

“[...] el Comité recuerda su jurisprudencia con arreglo a la cual, si bien reconoce que el texto de la Convención no hace referencia expresa al derecho a un recurso, considera que ese derecho queda implícito, en particular en el artículo 2 c), conforme al cual los Estados partes se comprometen a ‘establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación’. Además, en virtud del artículo 2 f) leído conjuntamente con el artículo 3, el Estado parte está obligado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes existentes que constituyan discriminación contra la mujer. [...]” **(Párr. 8.16)**

“El Comité considera que, puesto que el Estado parte ha legalizado el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquél en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo. Es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla. [...] el Comité estima, en particular, que la tardanza de las autoridades hospitalarias en resolver la solicitud tuvo consecuencias nefastas para la salud física y mental de L.C. Por consiguiente, considera que L.C. no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos expuestos dieron lugar a una violación del artículo 2 c) y f) de la Convención.” **(Párr. 8.17)**

“Actuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité considera que el Estado parte no ha cumplido sus obligaciones y, por tanto, ha violado los derechos de L. C. establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1, de la Convención.” **(Párr. 9)**



Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Jallow v. Bulgaria

Fecha de sentencia	23 de julio de 2012
Estado parte	Bulgaria
Voces	Discriminación contra la mujer. Violencia basada en el género. Investigación adecuada y oportuna. Vulnerabilidad. Mujer migrante analfabeta. Violencia doméstica. Orden de protección. Exclusión de la mujer del hogar conyugal. Separación forzosa de madre e hija. Custodia de la hija.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CE-DAW). Comunicación No. 32/2011. Jallow v. Bulgaria , CE-DAW/C/52/D/32/2011. 23 de julio de 2012.

Hechos:

Isatou Jallow, mujer analfabeta y sin estudios, se trasladó desde Gambia a Bulgaria después de contraer matrimonio con A.P., de nacionalidad búlgara, en el momento en el que ella se encontraba embarazada. Desde su llegada a Bulgaria, la peticionaria tuvo problemas con su marido, que era agresivo y estaba a menudo bajo los efectos del alcohol. Él intentó obligarla a participar en películas y fotografías pornográficas, a lo que la peticionaria se negó. El marido tenía en su poder toda la documentación de la peticionaria y comenzó a tratarla violentamente, psicológica y físicamente, incluidos abusos sexuales. No le dejaba salir de casa sin su consentimiento ni buscar empleo. Le repetía constantemente que su permanencia en Bulgaria dependía de él y la amenazaba con que, si se resistía, podía hacer que la encarcelaran, la ingresaran en una institución psiquiátrica o la deportaran a Gambia sin su hija. También le hacía comentarios crueles sobre su aspecto físico, su color de piel y su analfabetismo. El marido empezó a abusar de su hija y tenía fotografías pornográficas por todo el apartamento. Se masturbaba delante de la peticionaria y de su hija y veía películas pornográficas en casa en su presencia. También enseñó a su hija a tocarle el pene.

En noviembre de 2008, el marido se puso en contacto con el Departamento de Protección del Niño y pidió a las autoridades que convencieran a la peticionaria de que dejara de amamantar a su hija ya que su intención era que perdiese peso. Cuando los asistentes sociales del Departamento visitaron el domicilio, al ver las fotografías pornográficas y enterarse de la violencia doméstica del marido, llamaron a la policía. La policía acudió inmediatamente, confiscó las fotografías e informó a la Fiscalía Regional de Sofía. Los agentes también recomendaron a la peticionaria que se llevara a su hija y se mantuvieran alejadas de su marido, pero

sin orientarla sobre a dónde podía ir. No se adoptaron medidas específicas para proteger a la peticionaria y a su hija de la violencia doméstica. La peticionaria decidió llevarse a su hija y buscar refugio en un centro perteneciente a una ONG.

En marzo de 2009, la Fiscalía se negó a seguir investigando la supuesta violencia doméstica por falta de pruebas. En ningún momento las autoridades entrevistaron a la Sra. Jallow.

En julio de 2009, A.P. presentó una demanda ante el Tribunal Regional de Sofía alegando que él era víctima de la violencia doméstica y solicitó una orden de protección de emergencia. El Tribunal denegó la solicitud. A.P. presentó una segunda solicitud que el Tribunal concedió, junto con la custodia temporal. El Tribunal no tuvo en cuenta las denuncias de violencia doméstica que Jallow había hecho.

En diciembre de 2009, el Tribunal desestimó el recurso de A.P. para una orden de protección permanente, debido a la falta de evidencia. En el tercer trimestre de 2009, el marido inició el procedimiento de divorcio en el Tribunal Regional de Sofía, en que solicitaba la custodia de su hija. En enero de 2010, la peticionaria presentó una solicitud de medidas cautelares con respecto a la custodia de su hija en el marco del procedimiento de divorcio. Informó al Tribunal de que si bien estaba dispuesta a divorciarse, no estaba de acuerdo con los motivos aducidos por el marido. El 14 de febrero de 2010, su marido y su hija la visitaron. El marido se comportó de manera agresiva y estaba bajo los efectos del alcohol. Gritó y golpeó a la peticionaria varias veces delante de su hija, que se puso a llorar. No había nadie presente que pudiera ayudarla. La peticionaria consultó a un médico, pero no podía pagar el costo de un certificado médico que diera fe de la violencia física. El 15 de marzo de 2010 se celebró la vista de divorcio. El Tribunal recibió un nuevo informe técnico del Departamento de Protección del Niño que contenía información más detallada sobre la niña y la capacidad de ambos progenitores para cuidar de ella. Se consideraron con la máxima atención los intereses de la menor y estuvo presente un asistente social del Departamento.

Finalmente, la peticionaria se sintió obligada a aceptar el divorcio (de mutuo acuerdo) porque pensó que era la única manera de recuperar la custodia de su hija. Aceptó casi todas las condiciones desfavorables que le impuso su marido. El 22 de marzo de 2010, el Tribunal aprobó el divorcio y el convenio regulador de la custodia, que se otorgó a la madre.

Examen y decisión:

El Comité observa también que en noviembre de 2008, cuando su marido llamó a asistentes sociales del Departamento de Protección del Niño para que la convencieran de que dejara de amamantar a su hija, la peticionaria los informó que su hija y ella habían sido sometidas a actos de violencia psicológica y física por parte de su marido. Observa que la policía, a la que llamaron los trabajadores sociales, recomendó que la peticionaria y su hija buscaran protección en un refugio, lo que hicieron del 7 al 15 de noviembre de 2008. Aunque la policía y la Fiscalía fueron informadas por los asistentes sociales de las afirmaciones de la peticionaria sobre la violencia doméstica, limitaron su investigación a las fotografías pornográficas del marido y no escucharon a la peticionaria en su procedimiento previo a la investigación. Además, las autoridades del Estado parte no investigaron ni emprendieron acciones en relación con la presunta violencia doméstica contra la peticionaria y su hija, pese a que el Director de la Dirección General de Asistencia Social está facultado para iniciar un procedimiento en virtud del artículo 8 de la Ley de protección contra la violencia doméstica. El Comité recuerda que en su recomendación general Núm. 19 (1992) se afirma que la definición de la discriminación consagrada en el artículo 1 de la Convención incluye la violencia basada en el género, que la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre y que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia. Asimismo, con arreglo a lo establecido en la recomendación general núm. 28 (2010), los Estados partes están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer. En el presente caso, el Comité considera que las acusaciones de violencia doméstica de la peticionaria reunidas por los asistentes sociales y transmitidas a la policía en noviembre de 2008 no fueron seguidas por una investigación adecuada y oportuna, bien en ese momento o en el contexto de las actuaciones sobre violencia doméstica instituidas por su marido. En consecuencia, el Comité ha llegado a la conclusión de que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le imponen el artículo 2, apartados d) y e), interpretados junto con los artículos 1 y 3 de la Convención. **(Cf. Párr. 8.4)**

El Comité observa además que la petición que presentó el marido al Tribunal Regional de Sofía los días 27 y 29 de julio de 2009 dio lugar a que el 29 de julio de 2009 el Tribunal dictara una orden de protección de emergencia que obligó a la peticionaria y a su hija a estar separadas hasta que el Tribunal Regional, en actuaciones diferentes, aprobó el acuerdo de divorcio el 22 de marzo de 2010, otorgándole la custodia de su hija. El Comité observa que al dictar la orden de protección de emergencia, por la que se determinó la custodia temporal de la hija de la peticionaria, el Tribunal se basó únicamente en las declaraciones del marido y no tuvo en cuenta los incidentes de violencia doméstica denunciados por la peticionaria durante la visita de los trabajadores sociales ni sus repetidas solicitudes de ayuda de la policía para protegerse a sí misma y a su hija, o no fue informado de ello por las autoridades competentes. El Comité observa también que el procedimiento de primera instancia duró casi cinco meses, y que, a pesar de que la peticionaria lo solicitó, no se levantó la orden de protección de emergencia, ni siquiera después de que el tribunal de primera instancia hubiera desestimado la petición del marido de que se dictara una orden de protección permanente. Durante todo ese tiempo, la peticionaria recibió información limitada con respecto al paradero y el estado de su hija, y no pudo obtener más información porque no había servicios de interpretación. El Comité considera también que el Estado parte no dio una explicación razonable sobre por qué no se anuló la orden de protección de emergencia cuando el Tribunal Regional de Sofía desestimó, el 23 de diciembre de 2009, la petición del marido de que se dictara una orden de protección permanente ni sobre por qué, dadas las circunstancias del presente caso, tomó tanto tiempo el procedimiento de apelación. Habida cuenta de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban la peticionaria y su hija, en particular debido al hecho de que la peticionaria es una migrante analfabeta que no habla búlgaro ni tiene parientes en el Estado parte, el Comité ha llegado a la conclusión de que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le imponen el artículo 2, apartados b) y c), interpretados junto con los artículos 1 y 3 de la Convención. **(Cf. Párr. 8.5)**

En cuanto a la afirmación de la peticionaria de que se produjo una violación del artículo 5, apartado a), y del artículo 16, apartados 1 c), d), f) y g) de la Convención, el Comité observa que abordó esos artículos en su recomendación general núm. 19 (1992), relativa la violencia contra la mujer. En su recomendación general núm. 21, el Comité destacó que las disposiciones de la recomendación general núm. 19 (1992) eran de gran importancia para que la mujer pudiera disfrutar de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con los hombres. En muchas ocasiones ha afirmado que la concepción tradicional de que las mujeres están supeditadas a los hombres favorece la violencia contra ellas. Respecto al caso que el Comité tiene ante sí, observa que al emitir una orden de protección de emergencia y adoptar otras decisiones, las autoridades del Estado parte se basaron en la declaración y acciones del marido, pese a ser conscientes de la posición vulnerable de la peticionaria y su dependencia de él. El Comité observa también que las autoridades basaron sus actividades en la idea estereotipada de que el marido era superior y el único cuyas opiniones debían tenerse en cuenta, y no consideró que la violencia doméstica afecta proporcionalmente a muchas más mujeres que hombres. El Comité observa también que la peticionaria fue separada de su hija durante un período de casi ocho meses, durante el cual no recibió ninguna información sobre los cuidados que estaba recibiendo su hija ni se le otorgaron derechos de visita. En tales circunstancias, el Comité considera que tanto la peticionaria como su hija fueron víctimas de discriminación por motivo de género, ya que el Estado parte no protegió la igualdad de derechos de la peticionaria en el matrimonio y como madre ni consideró que los intereses de su hija eran lo más importante. Teniendo en cuenta el hecho de que la orden de protección de emergencia que separó a la peticionaria de su hija se emitió sin considerar los anteriores incidentes de violencia doméstica ni la afirmación de la peticionaria de que en realidad su hija y ella eran las que necesitaban protección contra la violencia doméstica, así como el hecho de que el Tribunal Regional de Sofía no anuló la orden de protección de emergencia después de que se rechazó la petición de que se dictara una orden de protección permanente, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte no adoptó todas las medidas apropiadas que le imponen el artículo 5, apartado a) y el artículo 16, apartados 1 c), d) y f) de la Convención. **(Cf. Párr. 8.6)**

El Comité, actuando en virtud del artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo de la Convención, y teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, dictamina que el Estado parte no ha cumplido con sus obligaciones y, por tanto, ha vulnerado los derechos que confieren a la peticionaria y su hija el artículo 2, apartados b), c), d), e), y f), y el artículo 5, apartado a) y el artículo 16, apartados c), d) y f), interpretados junto con los artículos 1 y 3 de la Convención [...]. **(Cf. Párr. 8.8)**



Comité de Derechos Humanos

Ilyasov v. Kazakhstan

Fecha de sentencia	4 de septiembre de 2014
Estado parte	Kazajstán
Voces	Derecho a la vida familiar. Injerencias arbitrarias en la vida familiar. Derecho a la unión familiar. Progenitor extranjero. Prohibición de reingreso al país de residencia familiar.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de Derechos Humanos (ONU). Comunicación No. 2009/2010. Ilyasov v. Kazakhstan . CCPR/C/111/D/2009/2010. 4 de septiembre de 2014.

Hechos:

El peticionario llegó a Kazajstán por primera vez en 1994 y desde entonces vivió allí, en un principio con permisos de residencia temporal y desde 2000 con un permiso de residencia permanente. El 25 de febrero de 2003 se casó con una nacional de Kazajstán y el 10 de junio de 2003 la pareja tuvo un hijo, también de nacionalidad kazaja. El 14 de febrero de 2008, el peticionario se desplazó con su hijo a la Federación de Rusia para visitar a sus padres. Cuando trató de regresar el 24 de agosto de 2008, se le denegó el ingreso sin ofrecerle explicaciones. La esposa tuvo que desplazarse más de 1.000 kilómetros para recoger a su hijo, que a partir de entonces permaneció con ella en Kazajstán. Posteriormente la policía fronteriza informó al peticionario que se había prohibido su entrada en Kazajstán.

La esposa pidió ayuda a la Oficina Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho de Kazajstán, que solicitó por escrito al Comité de Seguridad Nacional explicaciones sobre los motivos para denegar al peticionario la entrada en el país. El 23 de septiembre de 2008 recibieron como respuesta que la entrada del peticionario en el país se había prohibido en virtud del artículo 22 de la Ley de Migración, para proteger la seguridad del Estado.

Denuncias y recursos interpuestos incluso frente al Tribunal Supremo por el peticionario fueron sucesivamente rechazados.

Examen y decisión:

El Comité observa que el peticionario afirma que el Estado parte puso en peligro su vida familiar al impedirle arbitrariamente entrar en el país y vivir con su esposa y su hijo. El Comité recuerda que el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y el artículo 17 dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. El Comité también recuerda su jurisprudencia en el sentido de que puede haber casos en que la

negativa de un Estado parte de permitir que un miembro de la familia permanezca en su territorio conlleva una injerencia en la vida de familia de esa persona, lo cual constituye una vulneración de los artículos 17 y 23. El Comité señala asimismo que el simple hecho de que los miembros de la familia residan en el territorio de un Estado parte no garantiza necesariamente el derecho del peticionario a volver a entrar en el territorio de ese Estado. Con arreglo a sus normas de inmigración el Estado parte puede denegar el derecho a volver a entrar al país con un fin legítimo. No obstante, esa discrecionalidad no es ilimitada y no puede ejercerse arbitrariamente. El Comité recuerda que, para ser admisible de conformidad con el artículo 17, toda injerencia en la familia debe satisfacer simultáneamente varias condiciones enunciadas en el párrafo 1, es decir: debe estar prevista por la ley, debe estar de acuerdo con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y debe ser razonable en las circunstancias particulares del caso. **(Cf. Párr. 7.2)**

El Comité observa que el peticionario ha residido legalmente en el territorio del Estado parte desde 1994 y que ha tenido un permiso de residencia permanente desde 2000 que nunca se le ha revocado; que está casado con una nacional del Estado parte, que su hijo es un nacional del Estado parte y que el peticionario había llevado una vida privada y familiar en el Estado parte durante 14 años antes de que se le denegara el ingreso. El Comité considera que el hecho indiscutible de que se negara al peticionario el ingreso en el Estado parte, donde había vivido en forma permanente con su esposa e hijo, constituye una injerencia en la familia del peticionario. Así pues, se plantea la cuestión de si dicha injerencia sería, o no, arbitraria y contraria a los artículos 17 y 23 del Pacto. **(Cf. Párr. 7.3)**

El Comité observa que el Estado parte ha mencionado en numerosas ocasiones que disponía de información según la cual el peticionario había estado implicado en "actividades ilegales" no especificadas, al parecer en el territorio de la Federación de Rusia, país que había facilitado esa información, y que de ello concluía que dichas "actividades ilegales" convertían al peticionario en un peligro para la seguridad de la sociedad y el Estado de Kazajstán. El Comité toma nota de la alegación del Estado parte de que las reclamaciones del peticionario han sido evaluadas por las autoridades kazajas. Sin embargo, el Comité observa que no se presentó ninguna prueba de que el Comité de Seguridad Nacional o los tribunales hubieran investigado las circunstancias del caso ni de que hubieran entrevistado o interrogado al peticionario en relación con dichas circunstancias. Al parecer, la decisión de denegar la entrada se tomó exclusivamente a partir de la información recibida de otro Estado sin ningún procedimiento formal para constatar su credibilidad. El Comité observa que no se permitió al peticionario entrar en el territorio del Estado parte durante más de tres años. Tampoco se le informó de las razones específicas que habían motivado dicha decisión ni se le ofreció la posibilidad de acceder a la información (expediente) para poder impugnarla. Además, el Estado parte permitió al peticionario volver a entrar en el país sobre la base de información de los servicios de inteligencia según la cual este había puesto fin a sus actividades ilegales. El Comité también observa que no se ha abierto nunca una investigación penal contra el peticionario, ni en el Estado parte ni en la Federación de Rusia, y que su libertad de circulación se restringió exclusivamente a partir de la información que había recibido el Estado parte de los servicios de inteligencia de otro Estado. **(Cf. Párr. 7.5)**

El Comité observa que no se ha demostrado en ningún proceso judicial que el peticionario suponga una amenaza para la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas del Estado parte o los derechos y las libertades de los demás, por lo que considera que el Estado parte no ha justificado su injerencia en el derecho del peticionario protegido en los artículos 17 y 23 del Pacto y que la prohibición injustificada de entrar en el país impuesta por el Estado parte al peticionario constituyó una injerencia arbitraria en la familia, lo cual, respecto del peticionario, contraviene los artículos 17 y 23 del Pacto. **(Cf. Párr. 7.7)**

Observaciones: En el párrafo 7.2 de la presente comunicación se recuerda jurisprudencia del Comité que sigue una similar línea argumental: N° 1959/2010, [Warsame v. Canadá](#), dictamen aprobado el 21 de julio de 2011, párr. 8.7; N° 930/2000, [Winata v. Australia](#), dictamen aprobado el 26 de julio de 2001, párr. 7.1; N° 1011/2001, [Madafferi v. Australia](#), dictamen aprobado el 26 de julio de 2004, párr. 9.7; N° 1222/2003, [Byahuranga v. Dinamarca](#), dictamen aprobado el 1 de noviembre de 2004, párr. 11.5; y N° 1792/2008, [Dauphin v. Canadá](#), dictamen aprobado el 28 de julio de 2009, párr. 8.1.



Sistema Universal de Derechos Humanos

Observación General No. 19

Fecha	39º período de sesiones, 1990.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 19 , Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

1. En el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto. De este modo, el artículo 17 estipula que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales. Además, el artículo 24 del Pacto prevé concretamente la protección de los derechos del niño, en su condición de menor o como miembro de una familia. A menudo los informes de los Estados Partes no dan suficiente información sobre la manera en que el Estado y la sociedad desempeñan su obligación de dar una protección a la familia y a las personas que la integran.

2. El Comité 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. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. 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 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 nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

3. Para dar de una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, es preciso 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 aplicación efectiva. Por otra parte, como el Pacto reconoce también a la familia el derecho de ser protegida por 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 por que estas actividades sean compatibles con el Pacto.

4. En el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto se reafirma el derecho del hombre y de la mujer de contraer matrimonio y de fundar una familia si tienen edad para ello. En el párrafo 3 del mismo artículo se establece que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. En los informes de los Estados Partes debería indicarse si existen restricciones o impedimentos al ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental. Si bien el Pacto no establece una edad concreta para contraer matrimonio ni para el hombre ni para la mujer, dicha edad debe ser tal que pueda considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por la ley. A este respecto, el Comité desea recordar que dichas disposiciones legales deben ser compatibles con el pleno ejercicio de los demás derechos garantizados por el Pacto; así, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión implica que la legislación de cada Estado debe prever la posibilidad de celebrar tanto el matrimonio religioso como el civil. Sin embargo, a juicio del Comité, el que un Estado exija que un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil no es incompatible con el Pacto. También se pide a los Estados que incluyan información sobre este aspecto en sus informes.

5. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica 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.

6. En el párrafo 4 del artículo 23 del Pacto se prevé que los Estados Partes tomen las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

7. En cuanto a la igualdad en el matrimonio, el Comité desea destacar, en particular, que no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.

8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.

9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto. En particular, los Estados Partes deberían incluir en sus informes información sobre las normas adoptadas para dar a los niños la protección necesaria en caso de disolución del matrimonio o de separación de los cónyuges.



Sistema Universal de Derechos Humanos

Observación General No. 28

Fecha	68º período de sesiones, 2000.
Cita y vínculo texto íntegro	Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 28 , Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

(...) “Los Estados Partes deben velar asimismo por que se respete la igualdad con respecto a la disolución del matrimonio, lo cual excluye la posibilidad del repudio. Las causales de divorcio y anulación deben ser iguales para hombres y mujeres, al igual que las decisiones respecto de la división de los bienes, la pensión alimenticia y la custodia de los hijos. La determinación de la necesidad de mantener contacto entre los hijos y el progenitor al que no se haya confiado su custodia debe obedecer a consideraciones de igualdad. La mujer debe asimismo tener los mismos derechos que el hombre respecto de la herencia cuando la disolución del matrimonio obedece al fallecimiento de uno de los cónyuges.” **(Párr. 26)**



Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendación General N° 21

Fecha	13º período de sesiones, 1994.
Cita y vínculo texto íntegro	CEDAW (Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares: Recomendación general N° 21 . (Comentarios generales). 13º período de sesiones, 1994.

La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares

1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (resolución 34/180 de la Asamblea General, anexo) afirma la igualdad de derechos del hombre y la mujer en la sociedad y la familia. La Convención ocupa un lugar importante entre los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos.
2. Otras convenciones y declaraciones también dan gran importancia a la familia y a la situación de la mujer en el seno de la familia. Entre ellas se cuentan la Declaración Universal de Derechos Humanos (resolución 217 A (III) de la Asamblea General), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución 2200 A (XXI), anexo), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (resolución 1040 (XI), anexo), la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (resolución 1763 A (XVII), anexo) y la subsiguiente recomendación al respecto (resolución 2018 (XX)), y las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer.
3. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recuerda los derechos inalienables de la mujer que ya están consagrados en las convenciones y declaraciones mencionadas, pero va aún más lejos al reconocer que la cultura y las tradiciones pueden tener importancia en el comportamiento y la mentalidad de los hombres y las mujeres y que cumplen un papel significativo en la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer.

Antecedentes

4. En su resolución 44/82, la Asamblea General ha designado 1994 Año Internacional de la Familia. El Comité desea aprovechar la oportunidad para subrayar la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en el seno de la familia como una de las medidas de apoyo y fomento de las celebraciones que tendrán lugar en los distintos países.

5. Habiendo optado por esta forma de celebrar el Año Internacional de la Familia, el Comité desea analizar tres artículos en la Convención que revisten especial importancia para la situación de la mujer en la familia:

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes concederán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Comentario

6. La nacionalidad es esencial para la plena participación en la sociedad. En general, los Estados confieren la nacionalidad a quien nace en el país. La nacionalidad también puede adquirirse por el hecho de residir en un país o por razones humanitarias, como en el caso de la apatridia. Una mujer que no posea la ciudadanía carece de derecho de voto, no puede ocupar cargos públicos y puede verse privada de prestaciones sociales y del derecho a elegir su residencia. Una mujer adulta debería ser capaz de cambiar su 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.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán la igualdad de la mujer ante la ley con el hombre.

2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades de ejercerla. En particular, le reconocerán la igualdad de derechos para firmar contratos y administrar bienes y la tratarán en pie de igualdad en todas las etapas de las actuaciones en cortes de justicia y tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que se considerará nulo todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Comentario

7. Cuando la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o sólo puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de este género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebración de cualquier otro tipo de contrato. Las restricciones de esta índole limitan seriamente su capacidad de proveer a sus necesidades o las de sus familiares a cargo.

8. En algunos países, el derecho de la mujer a litigar está limitado por la ley o por su acceso al asesoramiento jurídico y su capacidad de obtener una reparación en los tribunales. En otros países, se respeta o da menos importancia a las mujeres en calidad de testigos o las pruebas que presenten que a los varones. Tales leyes o costumbres coartan efectivamente el derecho de la mujer a tratar de obtener o conservar una parte igual del patrimonio y menoscaban su posición de miembro independiente, responsable y valioso de la colectividad a que pertenece. Cuando los países limitan la capacidad jurídica de una mujer mediante sus leyes, o permiten que los individuos o las instituciones hagan otro tanto, le están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades y las de sus familiares a cargo.

9. El domicilio es un concepto en los países de common law que se refiere al país en que una persona se propone residir y a cuya jurisdicción se someterá. El domicilio originalmente es adquirido por un niño por medio de sus padres, pero en la vida adulta es el país en que reside normalmente una persona y en que se propone vivir permanentemente. Como en el caso de la nacionalidad, el examen de los informes de los Estados Partes demuestra que a una mujer no siempre se le permitirá escoger su propio domicilio conforme a la ley. Una mujer adulta debería poder cambiar a voluntad de domicilio, al igual que de nacionalidad, independientemente de su estado civil. Toda restricción de su derecho a escoger su domicilio en las mismas condiciones que el hombre puede limitar sus posibilidades de recurrir a los tribunales en el país en que vive o impedir que entre a un país o salga libremente de él por cuenta propia.

10. A las mujeres migrantes que viven y trabajan temporalmente en otro país deberían otorgárseles los mismos derechos que a los hombres de reunirse con sus cónyuges, compañeros o hijos.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad con el hombre:

a) El derecho para contraer matrimonio;

b) El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y con su pleno consentimiento;

c) Los derechos y responsabilidades durante el matrimonio y al disolverse éste;

d) Los derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e) Los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a recibir información, una educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g) Los derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los derechos en el matrimonio en materia de bienes, adquisición, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales o el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, de carácter legislativo inclusive, para fijar una edad mínima para el matrimonio y para hacer obligatoria su inscripción oficial.

Comentario

Vida pública y privada

11. Históricamente, la actividad humana en las esferas pública y privada se ha considerado de manera diferente y se ha reglamentado en consecuencia. En todas las sociedades, por mucho tiempo se han considerado inferiores las actividades de las mujeres que, tradicionalmente, han desempeñado su papel en la esfera privada o doméstica.

12. Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias. Los informes de los Estados Partes ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no hay igualdad de jure. Con ello se impide que la mujer goce de igualdad en materia de recursos y en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de jure, en todas las sociedades se asignan a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores. De esta forma, se conculcan los principios de justicia e igualdad que figuran en particular en el artículo 16 y en los artículos 2, 5 y 24 de la Convención.

Diversas formas de familia

13. La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención.

Poligamia

14. En los informes de los Estados Partes también se pone de manifiesto que la poligamia se practica en varios países. La poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse. El Comité observa con preocupación que algunos Estados Partes, en cuyas constituciones se garantiza la igualdad de derechos, permiten la poligamia de conformidad con el derecho de la persona o el derecho consuetudinario, lo que infringe los derechos constitucionales de la mujer y viola las disposiciones del inciso a) del artículo 5 de la Convención.

Incisos a) y b) del párrafo 1 del artículo 16

15. Si bien la mayoría de los países informan de que las constituciones y leyes nacionales acatan la Convención, las costumbres, la tradición y la falta de cumplimiento de estas leyes en realidad contravienen la Convención.

16. El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano. De un examen de los informes de los Estados Partes se desprende que hay países que permiten que las mujeres contraigan matrimonios obligados en primeras o segundas nupcias, sobre la base de la costumbre, las creencias religiosas o el origen étnico de determinados grupos. En otros países, se permite decidir el matrimonio de la mujer a cambio de pagos o de ventajas y, en otros, la pobreza obliga a algunas mujeres a casarse con extranjeros para tener seguridad económica. A reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién.

Inciso c) del párrafo 1 del artículo 16

17. Un examen de los informes de los Estados Partes revela que el ordenamiento jurídico de muchos países dispone los derechos y las obligaciones de los cónyuges sobre la base de los principios del common law, del derecho religioso o del derecho consuetudinario, en lugar de los principios contenidos en la Convención. Esta diversidad en la normativa y la práctica relativas al matrimonio tiene consecuencias de gran amplitud para la mujer, que invariablemente limitan su derecho a la igualdad de situación y de obligaciones en el matrimonio. Esa limitación suele ser causa de que se considere al esposo como cabeza de familia y como principal encargado de la adopción de decisiones y, por lo tanto, infringe las disposiciones de la Convención.

18. Además, por lo general, no se concede protección legislativa alguna al amancebamiento. La ley debería proteger la igualdad de las mujeres amancebadas en la vida familiar y en la repartición de los ingresos y los bienes. Deberían gozar de igualdad de derechos y obligaciones con los hombres en el cuidado y la crianza de los hijos o familiares a cargo.

Incisos d) y f) del párrafo 1 del artículo 16

19. Según se dispone en el inciso b) del artículo 5, la mayoría de los países reconocen que los progenitores comparten sus obligaciones respecto del cuidado, la protección y el mantenimiento de los hijos. El principio de que "los intereses de los hijos serán la consideración primordial" se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal. En la práctica, sin embargo, algunos países no respetan el principio de igualdad de los padres de familia, especialmente cuando no están casados. Sus hijos no siempre gozan de la misma condición jurídica que los nacidos dentro del matrimonio y, cuando las madres están divorciadas o viven separadas, muchas veces los padres no comparten las obligaciones del cuidado, la protección y el mantenimiento de sus hijos.

20. Los derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proceda, mediante las instituciones de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción. Los Estados Partes deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad.

Inciso e) del párrafo 1 del artículo 16

21. Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El

número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene.

22. En algunos informes se revelan prácticas 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 el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno. A fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia, según dispone el inciso h) del artículo 10 de la Convención.

23. Hay amplio acuerdo en que cuando se dispone libremente de medidas apropiadas para la regulación voluntaria de la fecundidad, mejoran la salud, el desarrollo y el bienestar de todas las personas de la familia. Además, estos servicios mejoran la calidad general de la vida y la salud de la población, y la regulación voluntaria del crecimiento demográfico ayuda a conservar el medio ambiente y a alcanzar un desarrollo económico y social duradero.

Inciso g) del párrafo 1 del artículo 16

24. Los principios de equidad, justicia y plena realización de todos son la base de una familia estable. Por consiguiente, marido y mujer deben tener el derecho de elegir su profesión u ocupación con arreglo a su propia capacidad, aptitudes o aspiraciones, según disponen los incisos a) y c) del artículo 11 de la Convención. Además, cada uno debe tener el derecho a escoger su nombre para conservar su individualidad e identidad dentro de la comunidad y poder distinguirlo de los demás miembros de la sociedad. Cuando la ley o las costumbres obligan a una mujer a cambiar de nombre con ocasión del matrimonio o de la disolución de éste, se le deniega este derecho.

Inciso h) del párrafo 1 del artículo 16

25. Los derechos enunciados en este artículo coinciden con los enunciados en el párrafo 2 del artículo 15, que impone a los Estados la obligación de reconocer a la mujer iguales derechos para concertar contratos y administrar bienes, y los completan.

26. El párrafo 1 del artículo 15 garantiza la igualdad ante la ley de hombres y mujeres. El derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes es fundamental para que pueda tener independencia económica y en muchos países será de crítica importancia para que pueda ganarse la vida y tener una vivienda y alimentación adecuadas para ella y para su familia.

27. En los países que están ejecutando un programa de reforma agraria o de redistribución de la tierra entre grupos de diferente origen étnico, debe respetarse cuidadosamente el derecho de la mujer, sin tener en cuenta su estado civil, a poseer una parte igual que la del hombre de la tierra redistribuida.

28. En la mayoría de los países, hay una proporción significativa de mujeres solteras o divorciadas que pueden tener la obligación exclusiva de sostener a una familia. Evidentemente, es poco realista toda discriminación en la repartición de la tierra basada en la premisa de que solamente el hombre tiene la obligación de sostener a las mujeres y a los niños de su familia y de que va a hacer honor a esta obligación. En consecuencia, toda ley o costumbre que conceda al hombre el derecho a una mayor parte del patrimonio al extinguirse el matrimonio o el amancebamiento o al fallecer un pariente es discriminatoria y tendrá graves

repercusiones en la capacidad práctica de la mujer para divorciarse, para mantenerse, para sostener a su familia o para vivir dignamente como persona independiente.

29. Todos estos derechos deberían garantizarse sin tener en cuenta el estado civil de la mujer.

Bienes en el matrimonio

30. Hay países que no reconocen a la mujer el derecho a la misma parte de los bienes que el marido durante el matrimonio o el amancebamiento, ni cuando terminan. Muchos reconocen este derecho, pero es posible que precedentes legales o las costumbres coarten su capacidad práctica para ejercerlo.

31. Aunque la ley confiera a la mujer este derecho y aunque los tribunales lo apliquen, el hombre puede administrar los bienes de propiedad de la mujer durante el matrimonio o en el momento del divorcio. En muchos Estados, hasta los que reconocen la comunidad de bienes, no existe la obligación legal de consultar a la mujer cuando la propiedad que pertenezca a las dos partes en el matrimonio o el amancebamiento se venda o se enajene de otro modo. Esto limita la capacidad de la mujer para controlar la enajenación de la propiedad o los ingresos procedentes de su venta.

32. En algunos países, al dividirse la propiedad conyugal, se atribuye mayor importancia a las contribuciones económicas al patrimonio efectuadas durante el matrimonio que a otras aportaciones como la educación de los hijos, el cuidado de los parientes ancianos y las faenas domésticas. Con frecuencia, estas otras contribuciones de la mujer hacen posible que el marido obtenga ingresos y aumente los haberes. Debería darse la misma importancia a todas las contribuciones, económicas o no.

33. En muchos países, los bienes acumulados durante el amancebamiento no reciben el mismo trato legal que los bienes adquiridos durante el matrimonio. Invariablemente, cuando termina la relación, la mujer recibe una parte considerablemente menor que el hombre. Las leyes y las costumbres sobre la propiedad que discriminan de esta forma a las mujeres casadas o solteras, con o sin hijos, deben revocarse y desalentarse.

Sucesiones

34. Los informes de los Estados Partes deberían incluir comentarios sobre las disposiciones legales o consuetudinarias relativas a los derechos sucesorios que afectan la situación de la mujer, como se dispone en la Convención y en la resolución 884 D (XXXIV) del Consejo Económico y Social, en la que se recomendaba a los Estados que adoptasen las medidas necesarias para garantizar la igualdad de derechos sucesorios de hombres y mujeres, disponiendo que unos y otros, dentro del mismo grado de parentesco con el causante, tengan la misma parte en la herencia y el mismo rango en el orden de sucesión. Esta disposición generalmente no se ha aplicado.

35. Hay muchos países en los que la legislación y la práctica en materia de sucesiones y bienes redundan en graves discriminaciones contra la mujer. Esta desigualdad de trato puede hacer que las mujeres reciban una parte más pequeña del patrimonio del marido o del padre, en caso de fallecimiento de éstos, que los viudos y los hijos. En algunos casos, no se reconoce a la mujer más que un derecho limitado y controlado a recibir determinados ingresos con cargo al patrimonio del difunto. Con frecuencia, los derechos de sucesión de la viuda no reflejan el principio de la igualdad en la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Dichas disposiciones violan la Convención y deberían abolirse.

Párrafo 2 del artículo 16

36. En la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, se instó a los Estados a que derogaran leyes y

reglamentos en vigor y a que eliminaran las costumbres y prácticas que fueran discriminatorias y perjudiciales para las niñas. El párrafo 2 del artículo 16 y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño impiden que los Estados Partes permitan o reconozcan el matrimonio entre personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad. En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad". A pesar de esta definición y teniendo presentes las disposiciones de la Declaración de Viena, el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.

37. Esto no sólo afecta a la mujer personalmente, sino también limita el desarrollo de sus aptitudes e independencia y reduce las oportunidades de empleo, con lo que perjudica a su familia y su comunidad.

38. En algunos países se fijan diferentes edades para el matrimonio para el hombre y para la mujer. Puesto que dichas disposiciones suponen incorrectamente que la mujer tiene un ritmo de desarrollo intelectual diferente al del hombre, o que su etapa de desarrollo físico e intelectual al contraer matrimonio carece de importancia, deberían abolirse. En otros países, se permiten los esponsales de niñas o los compromisos contraídos en su nombre por familiares. Estas medidas no sólo contravienen la Convención, sino también infringen el derecho de la mujer a elegir libremente cónyuge.

39. Los Estados Partes deben también exigir la inscripción de todos los matrimonios, tanto los civiles como los contraídos de conformidad con costumbres o leyes religiosas. De esa forma, el Estado podrá asegurar la observancia de la Convención e instituir la igualdad entre los cónyuges, la edad mínima para el matrimonio, la prohibición de la bigamia o la poligamia y la protección de los derechos de los hijos.

Recomendaciones

La violencia contra la mujer

40. Al examinar el lugar de la mujer en la vida familiar, el Comité desea subrayar que las disposiciones de la Recomendación general Nº 19 (11º período de sesiones), relativa a la violencia contra la mujer, son de gran importancia para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad. Se insta a los Estados Partes a aplicar esta Recomendación general a fin de que, en la vida pública y la vida familiar, las mujeres no sean objeto de violencia por razón de su sexo, lo que las priva de manera grave de sus derechos y libertades individuales.

Reservas

41. El Comité ha observado con alarma el número de Estados Partes que han formulado reservas respecto del artículo 16 en su totalidad o en parte, especialmente cuando también han formulado una reserva respecto del artículo 2, aduciendo que la observancia de este artículo puede estar en contradicción con una visión comúnmente percibida de la familia basada, entre otras cosas, en creencias culturales o religiosas o en las instituciones económicas o políticas del país.

42. Muchos de estos países mantienen una creencia en la estructura patriarcal de la familia, que sitúa al padre, al esposo o al hijo varón en situación favorable. En algunos países en que las creencias fundamentalistas u otras creencias extremistas o bien la penuria económica han estimulado un retorno a los valores y las

tradiciones antiguas, el lugar de la mujer en la familia ha empeorado notablemente. En otros, en que se ha reconocido que una sociedad moderna depende para su adelanto económico y para el bien general de la comunidad de hacer participar en igualdad de condiciones a todos los adultos, independientemente de su sexo, estos tabúes e ideas reaccionarias o extremistas se han venido desalentando progresivamente.

43. De conformidad con los artículos 2, 3 y 24 en particular, el Comité solicita que todos los Estados Partes avancen paulatinamente hacia una etapa en que, mediante su decidido desaliento a las nociones de la desigualdad de la mujer en el hogar, cada país retire sus reservas, en particular a los artículos 9, 15 y 16 de la Convención.

44. Los Estados Partes deben desalentar decididamente toda noción de desigualdad entre la mujer y el hombre que sea afirmada por las leyes, por el derecho religioso o privado o por las costumbres y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas, en particular al artículo 16.

45. El Comité observó, sobre la base de su examen de los informes iniciales y los informes periódicos, que en algunos Estados Partes en la Convención que habían ratificado o accedido a ella sin reservas, algunas leyes, especialmente las que se refieren a la familia, en realidad no se ajustan a las disposiciones de la Convención.

46. Las leyes de esos Estados todavía contienen muchas medidas basadas en normas, costumbres y prejuicios sociales y culturales que discriminan a la mujer. A causa de esta situación particular en relación con los artículos mencionados, el Comité tropieza con dificultades para evaluar y entender la condición de la mujer en esos Estados.

47. El Comité, especialmente sobre la base de los artículos 1 y 2 de la Convención, solicita que esos Estados Partes desplieguen los esfuerzos necesarios para examinar la situación de hecho relativa a tales cuestiones y hacer las modificaciones necesarias en aquellas de sus leyes que todavía contengan disposiciones discriminatorias contra la mujer.

Informes

48. Con la asistencia de los comentarios que figuran en la presente Recomendación general, en sus informes los Estados Partes deben:

a) Indicar la etapa que se ha alcanzado para eliminar todas las reservas a la Convención, en particular las reservas al artículo 16;

b) Indicar si sus leyes cumplen los principios de los artículos 9, 15 y 16 y, si por razón del derecho religioso o privado o de costumbres, se entorpece la observancia de la ley o de la Convención.

Legislación

49. Cuando lo exija el cumplimiento de la Convención, en particular los artículos 9, 15 y 16, los Estados Partes deberán legislar y hacer cumplir esas leyes.

Estímulo a la observancia de la Convención

50. Con la asistencia de los comentarios que figuran en la presente Recomendación general, y según lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 24, los Estados Partes deberían introducir medidas destinadas a alentar la plena observancia de los principios de la Convención, especialmente cuando el derecho religioso o privado o las costumbres choquen con ellos.



Sistema Universal de Derechos Humanos

Observación General No. 14

Fecha	2013.
Cita y vínculo texto íntegro	CRC. Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

[...]

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5). **(Párr. 59)**

Este Boletín forma parte del servicio de remisión periódica de jurisprudencia internacional ofrecido por la **Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación**.

Fue remitido vía correo electrónico a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa el día **8 de septiembre de 2015**.