

# Boletín de Jurisprudencia Internacional

Año I - Nº 3

Fecha: 9 de agosto de 2012

**Tema:** Condición Jurídica y Derechos del Niño en relación a la vida familiar y privada en la jurisprudencia internacional

## ÍNDICE

Sistema Interamericano.....	2
Caso nº 239: Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.....	2
Caso nº 242: Caso Fornerón e hija Vs. Argentina .....	26
Sistema Europeo .....	36
Caso Bordeianu Vs. Moldavia .....	36
Caso Piazzzi Vs. Italia .....	44

## SISTEMA INTERAMERICANO

### CASO N° 239: CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE

**Fecha de Sentencia:** 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

**Víctimas:** Atala y niñas M., V. y R.

**Estado parte:** Chile

**Voces:** Artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales), artículo 1 (Obligación de respetar derechos) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención Americana de derechos Humanos.

**Caso completo en:** [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

#### *Hechos del caso:*

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

#### *Análisis del caso:*

De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas (*infra* párrs. 64 a 66). En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. **(Cf. Párrafo 29)**

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre:

El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés

personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”<sup>1</sup>. **(Cf. Párrafo 41)**

Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia.

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco:

El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre<sup>2</sup>. **(Cf. Párrafo 54)**

En primer lugar, la Corte Suprema destacó que “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma “absoluta y definitiva”. Por lo tanto, la Corte declaró que “el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una ‘causa calificada’ que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo”. **(Cf. Párrafo 55)**

En particular, la Corte Suprema concluyó que: i) “se ha[bía] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) “no e[ra]

---

<sup>1</sup> Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 10, folios 2559 a 2567). En el marco del proceso de tuición provisional, el Juzgado de Menores recabó como pruebas testimoniales las declaraciones de: i) un padrino de una de las niñas; ii) una psicóloga; iii) una amiga de la familia; iv) una empleada de casa, y v) una niñera (expediente de fondo, tomo XII, folios 5919 a 5921). Además, el Juzgado consideró como pruebas documentales varias publicaciones de periódicos, un informe socioeconómico, un set de fotografías, un informe emitido por la psiquiatra de la señora Atala, un informe de una psicóloga encargada de la terapia de las niñas y el informe de una enfermera universitaria (expediente de fondo, tomo XII, folios 5918 a 5921). Asimismo, el Juzgado consideró que “exist[ían] los antecedentes suficientes para alterar el deber del cuidado personal, establecido legalmente, [por lo que] se acced[ió] a la petición del demandante”.

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 22, folios 2669 a 2677).

posible desconocer que la madre de las menores de [edad], al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno [...] ha[bía] antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”, y iv) “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”. (Cf. **Párrafo 56**)

La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia[ba] significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y al “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”<sup>3</sup>. (Cf. **Párrafo 57**)

### *Conclusiones y determinaciones de la Corte*

## **1. Conclusiones en relación con las controversias respecto del proceso de tuición**

### **1.1. Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.**

La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2670, 2671, 2672, 2673).

cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma<sup>4</sup>. (Cf. **Párrafo 78**)

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>5</sup>. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>6</sup>. (Cf. **Párrafo 83**)

En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano<sup>7</sup>. (Cf. **Párrafo 84**)

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo<sup>8</sup>.(Cf. **Párrafo 85**)

Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>9</sup>. (Cf. **Párrafo 86**)

---

<sup>4</sup> Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr 53 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

<sup>5</sup> Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

<sup>6</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 93, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, supra* nota 93, párr. 106.

<sup>7</sup> Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán, supra* nota 93, párr. 106.

<sup>8</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 5, párr. 115.

<sup>9</sup> Cfr. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación"); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 ("LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la

Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14<sup>10</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios<sup>11</sup>. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo<sup>12</sup>. Asimismo, en el *Caso Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona<sup>13</sup>. (Cf. Párrafo 87)

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1<sup>14</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el

---

justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifiestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”).

<sup>10</sup> Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>11</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

<sup>12</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 11, párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [ ]any ground such as[ ]”). Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 (“The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14”).

<sup>13</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 (“the Court has considered to constitute [ ]other status[ ] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent). Sin embargo, el Tribunal Europeo no decidió limitar con esto el concepto de “otra condición” a que las características sean inherentes o innatas de la persona. Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift*, *supra* nota 13, párr. 58 (“However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [ ]personal[ ] in the sense discussed above”).

<sup>14</sup> Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción



artículo 2.2<sup>15</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas<sup>16</sup>. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados<sup>17</sup>. (Cf. Párrafo 88)

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”<sup>18</sup>. Asimismo, el Comité

---

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>15</sup> Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>16</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7 (“The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an “other status” for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation”). Asimismo, ver *X Vs. Colombia*, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. (“The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation”). En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young v. Australia*, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

<sup>17</sup> *Cfr., inter alia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16 (“Aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales”); *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13 (“El Comité expresa su preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)”); *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25 (“También observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado Parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual”); *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16 (“El Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (artículo 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las “Ordenanzas Contravencionales” de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (artículo 26)”).

<sup>18</sup> *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 (“En cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”). *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 (“en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribiera toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual”); Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 (“el Pacto proscribiera toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual”); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 (“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual”).

de los Derechos del Niño<sup>19</sup>, el Comité contra la Tortura<sup>20</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>21</sup> han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación. **(Cf. Párrafo 89)**

El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”<sup>22</sup>. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”<sup>23</sup>. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”<sup>24</sup>. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas<sup>25</sup>. **(Cf. Párrafo 90)**

---

<sup>19</sup> Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño”. Deb[e] añadirse también la orientación sexual”).

<sup>20</sup> Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 (“El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su [...] orientación sexual”).

<sup>21</sup> Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 (“La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por [...] orientación sexual”) y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 (“La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual”).

<sup>22</sup> Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

<sup>23</sup> Naciones Unidas, Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf> (último acceso el 22 de febrero de 2012).

<sup>24</sup> Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

<sup>25</sup> Cfr., entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 (“Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual [...]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual”). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora



Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Cf. **Párrafo 91**)

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido<sup>26</sup>. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos

---

Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, pág. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, pág. 72, párr. 28. En el marco del derecho comparado algunos Estados prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual en sus Constituciones (por ejemplo Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza, entre otros Estados) o a través de leyes, como por ejemplo en materia de derecho familiar, dirigidas a otorgarles a las personas homosexuales los mismos derechos que a las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Argentina, a través de los artículos 2 y 4 de la Ley No. 26.618 del 21 de julio de 2010, se estableció que: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" y que "en casos de matrimonio constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá [sobre la tuición] teniendo en cuenta el interés del menor". Uruguay aprobó la Ley No. 18.246 (Diario Oficial No. 27402, 10 enero de 2008), que reconoce las uniones civiles ("uniones concubinarias") de parejas del mismo sexo. En 2009, mediante la Ley No. 18.590, (Diario Oficial No. 27837, 26 octubre 2009), se autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

<sup>26</sup> De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (*infra* párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 ("la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales"); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 ("Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la

sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. **(Cf. Párrafo 92)**

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. **(Cf. Párrafo 93)**

## **1.2 El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo**

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<sup>27</sup>. 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”<sup>28</sup>. **(Cf. Párrafo 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.

---

sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. *Cfr.* Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 (“Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí”), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo”.

<sup>27</sup> *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

<sup>28</sup> Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 60.

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<sup>29</sup>. **(Cf. Párrafo 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<sup>30</sup>. 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. **(Cf. Párrafo 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<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>. **(Cf. Párrafo 111)**

---

<sup>29</sup> *Cfr., inter alia*, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

<sup>30</sup> En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre. *Cfr. T.E.D.H., Caso Palau-Martínez Vs. Francia*, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43.

<sup>31</sup> Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.

<sup>32</sup> Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, *cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

### 1.3 Presunta discriminación social

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. **(Cf. Párrafo 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 interracial<sup>33</sup>, 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<sup>34</sup>. **(Cf. Párrafo 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 porque sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. **(Cf. Párrafo 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.. **(Cf. Párrafo 122)**

---

<sup>33</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre. (“La cuestión, sin embargo, es si la existencia de prejuicios privados y la posible vulneración que pueden causar, son consideraciones admisibles para el retiro de un niño de la custodia de la madre natural. Tenemos pocas dificultades para concluir que no los son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios [,] pero tampoco los pueden tolerar. Las parcialidades particulares pueden estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, permitir su aplicación”).

<sup>34</sup> En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehova. Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15 y 33 a 36.

### 1.2.2 Alegada confusión de roles

Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso<sup>35</sup>, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio<sup>36</sup>. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias. **(Cf. Párrafo 124)**

En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo (*supra* párrs. 109 y 111) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales. **(Cf. Párrafo 125)**

El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas<sup>37</sup>, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas<sup>38</sup>. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores” de edad, como

---

<sup>35</sup> Cfr. T.E.D.H., *Karner Vs. Austria*, (No. 40016/98), Sentencia de 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr. 37 (“very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention”), y T.E.D.H., *Caso Kozak*, *supra* nota 12, párr. 92.

<sup>36</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso E.B.*, *supra* nota 99, párr. 74 (The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay [...], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. y otros Vs. República Checa*, (No. 57325/00), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párr. 177 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus y otros Vs. Croacia*, (No. 15766/03), Sentencia de 16 de marzo de 2010, párr. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letonia*, (No. 55707/00), Sentencia de 18 de febrero de 2009, párr. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquía*, (No. 3976/05), Sentencia de 2 de noviembre de 2010, párr. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), y *Caso Muñoz Díaz Vs. España*, (No. 49151/07), Sentencia de 8 de marzo de 2010, párr. 50.

<sup>37</sup> La Corte Suprema hizo referencia a los testimonios de las empleadas domésticas sobre la supuesta confusión de roles experimentada por las niñas. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004, considerado décimo quinto (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

<sup>38</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).



consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. No expuso argumentos para desvirtuar la posibilidad que el supuesto deterioro no se hubiera producido con ocasión de la nueva convivencia, sino como consecuencia de la separación anterior de la madre y el padre y los posibles efectos negativos que se podrían generar para las menores de edad. La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable. La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña. **(Cf. Párrafo 130)**

La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas. **(Cf. Párrafo 131)**

### **1.2.3. Alegada privilegio de intereses**

La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada<sup>39</sup>. **(Cf. Párrafo 133)**

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. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo<sup>40</sup>. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en

---

<sup>39</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido*, (No. 21627/93; 21826/93; 21974/93), Sentencia de 19 de febrero de 1997, párr. 36 (“There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life”). Ver también *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 52, y *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido*, (No. 35765/97), Sentencia de 31 de Julio de 2000. Final, 31 de octubre de 2000, párr. 23 (“the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person's private life”).

<sup>40</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“the concept of [‘]private life[‘] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such



el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional<sup>41</sup>. **(Cf. Párrafo 135)**

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al 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<sup>42</sup>. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”<sup>43</sup>. **(Cf. Párrafo 136)**

Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona<sup>44</sup>, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas. **(Cf. Párrafo 139)**

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

---

any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”); *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 90 (“It is undisputed [...] that the relationship of a same-sex couple like the applicants’ falls within the notion of [‘]private life[‘] within the meaning of Article 8”); *Caso Dudgeon, supra* nota 39, párr. 41 (“the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1”); *Caso Burghartz Vs. Suiza*, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24, y *Caso Laskey, Jaggard y Brown, supra* nota 39, párr. 36.

<sup>41</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57 (“Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [‘]private life[‘]”), citando T.E.D.H., *Caso P.G. y J.H. Vs. Reino Unido* (No. 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. Cfr. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29 (“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of [‘]private life[‘]. However, it would be too restrictive to limit the notion to an [‘]inner circle[‘] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of [‘]private life[‘] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”).

<sup>42</sup> *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a “optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia” (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).

<sup>44</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Clift, supra* nota 13, párr. 57 (“Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] it found that sexual orientation was [‘]undoubtedly covered[‘] by Article 14”).

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. **(Cf. Párrafo 140)**

#### **1.2.4 Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”**

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<sup>45</sup>. **(Cf. Párrafo 142)**

En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)<sup>46</sup>. **(Cf. Párrafo 143)**

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el *Caso Karner Vs. Austria*, que:

El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo<sup>47</sup>. **(Cf. Párrafo 144)**

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)<sup>48</sup>. **(Cf. Párrafo 145)**

---

<sup>45</sup> Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

<sup>46</sup> *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, *supra* nota 11, párrs. 34 a 36.

<sup>47</sup> T.E.D.H., *Caso Karner*, *supra* nota 35, párr. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

<sup>48</sup> En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha señalado que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus

### 1.2.5. Conclusiones

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (*supra* párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (*supra* párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. **(Cf. Párrafo 145)**

(...) 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<sup>49</sup>. **(Cf. Párrafo 151)**

Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño<sup>50</sup>. **(Cf. Párrafo 153)**

Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.. **(Cf. Párrafo 154)**

### 1.3 Derecho a la vida privada y vida familiar

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

---

padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 333.

<sup>49</sup> *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

<sup>50</sup> Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 137, opinión 2.

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<sup>51</sup>. (Cf. **Párrafo 161**)

Además, el Tribunal ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada<sup>52</sup>. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos<sup>53</sup>. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás<sup>54</sup>. (Cf. **Párrafo 162**)

Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observa que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio (*supra* párr. 107), es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte considera que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto* con un fin legítimo (*supra* párr. 110), la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podrían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala. (Cf. **Párrafo 166**)

El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (*supra* párr. 146), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. (Cf. **Párrafo 167**)

Por otra parte, el Tribunal observa que uno de los argumentos centrales que se analizaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica sobre la tuición provisoria fue la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo (*supra* párrs. 41 y 56), por lo que esta Corte considera indispensable entrar a analizar la presunta

---

<sup>51</sup> Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194 y *Caso Fontevecchia y D'Amico*, *supra* nota 28, párr. 48.

<sup>52</sup> Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 51, párr. 193 y *Caso Rosendo Cantú y otras Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

<sup>53</sup> Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra*, *supra* nota 52, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Dudgeon*, *supra* nota 39, párr. 41, *Caso X y Y Vs. Países Bajos*, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, para. 22, *Caso Niemietz*, *supra* nota 41, párr. 29, y *Caso Peck*, *supra* nota 41, párr. 57.

<sup>54</sup> Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra*, *supra* nota 52, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros*, *supra* nota 53, párr. 129, citando T.E.D.H., *Caso Niemietz*, *supra* nota 41, párr. 29, y *Caso Peck*, *supra* nota 41, párr. 57.

violación a la vida familiar argumentada por la Comisión y los representantes. (Cf. **Párrafo 168**)

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<sup>55</sup>. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho<sup>56</sup>, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas<sup>57</sup>. (Cf. **Párrafo 169**)

En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>58</sup>, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>59</sup>, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>60</sup>, y 8 del Convenio Europeo<sup>61</sup>. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia<sup>62</sup>. (Cf. **Párrafo 170**)

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia<sup>63</sup>, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias

---

<sup>55</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 66 y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 157.

<sup>56</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párrs. 71 y 72 y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párr. 157.

<sup>57</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 77.

<sup>58</sup> El artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

<sup>59</sup> El artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

<sup>60</sup> El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

<sup>61</sup> En este sentido, el artículo 8.1 del Convenio Europeo dispone que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Asimismo, el artículo 8.2 dispone que “[n]o puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>62</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 71.

<sup>63</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 72, citando T.E.D.H., *Caso Buchberger Vs. Austria*, (No. 32899/96), Sentencia de 20 de diciembre de 2001. Final, 20 de marzo de 2003, párr. 35; *Caso K. y T. Vs. Finlandia*, (No. 25702/94), Sentencia de 12 de julio de 2001, párr. 151; *Caso Elsholz Vs. Alemania*, (No. 25735/94), G.C., Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43; *Caso Bronda Vs. Italia*, (No. 22430/93), Sentencia de 9 junio de 1998, párr. 51, y *Caso Johansen Vs. Noruega*, (No. 17383/90), Sentencia de 7 de agosto de 1996, párr. 52.



de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar<sup>64</sup>. (Cf. **Párrafo 171**)

Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar<sup>65</sup>. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y[, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio<sup>66</sup>. (Cf. **Párrafo 172**)

En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios<sup>67</sup>. (Cf. **Párrafo 173**)

---

<sup>64</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Olsson Vs. Suecia*, (No. 10465/83), Sentencia de 24 de marzo de 1988, párr. 81.

<sup>65</sup> Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 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”); Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, *supra* nota 49, párrs. 15 y 19 (“El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”); Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 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”), y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5 (“En cuanto al término ‘familia’, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”).

<sup>66</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 40, párr. 91 (“the notion of family [...] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* “family” ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is *ipso jure* part of that “family” unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention”), citando T.E.D.H., *Caso Elsholz*, *supra* nota 63, párr. 43; *Caso Keegan*, *supra* nota 45, párr. 44, y *Caso Johnston y otros Vs. Irlanda*, (No. 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56; *ver también* T.E.D.H., *Caso Alim Vs. Rusia* (No. 39417/07), Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Bajos*, (No. 10730/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 21, y *Caso L. Vs. Países Bajos*, (No. 45582/99), Sentencia de 1 de junio de 2004. Final, 1 de septiembre de 2004, párr. 36.

<sup>67</sup> T.E.D.H., *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 (“When deciding whether a relationship can be said to amount to ‘family life’, a number of factors may be relevant, including whether the



En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no había considerado que constituyera “vida familiar”, aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia<sup>68</sup>. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”<sup>69</sup>, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo<sup>70</sup>. **(Cf. Párrafo 174)**

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, 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. **(Cf. Párrafo 175)**

En el presente caso, el Tribunal observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003 (*supra* párrs. 41 y 42), existía un vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas. Al respecto, la señora Atala manifestó que “éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”<sup>71</sup>. Además, la señora De Ramón declaró que “[l]a vida de los cinco miembros de la familia, seis [con ella] era muy cercana a lo idílico [, pues e]stablecieron una relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia”<sup>72</sup>. **(Cf. Párrafo 176)**

Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo

---

couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means”). *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; *Caso Keegan*, *supra* nota 45, párr. 44, y *Caso Kroon y otros*, *supra* nota 45, párr. 30.

<sup>68</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 40, párr. 92 (“the Court’s case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes ‘private life’ but has not found that it constitutes ‘family life’, even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake”).

<sup>69</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 40, párr. 94 (“a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”) y *Caso P.B. y J.S. Vs. Austria*, (No. 18984/02), Sentencia de 22 de julio de 2010. Final. 22 de octubre de 2010, párr. 30.

<sup>70</sup> T.E.D.H., *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota 40, párr. 94 (“the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8”) y *Caso P.B. y J.S.*, *supra* nota 69, párr. 30.

<sup>71</sup> Declaración de la señora Karen Atala Riffó rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública del presente caso.

<sup>72</sup> Declaración de Emma de Ramón de 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 762).

mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre. **(Cf. Párrafo 177)**

Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (supra párr. 146), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.. Respecto de éstas últimas, dichas violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares. **(Cf. Párrafo 178)**

#### **1.4 Garantías judiciales**

El Tribunal constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva. **(Cf. Párrafo 191)**

En consecuencia, la Corte considera que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso. **(Cf. Párrafo 192)**

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto<sup>73</sup>. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>74</sup>, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser

---

<sup>73</sup> *Mutatis mutandi*, *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

<sup>74</sup> El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto)

escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino<sup>75</sup>. (Cf. **Párrafo 196**)

De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”<sup>76</sup>. (Cf. **Párrafo 197**)

Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”<sup>77</sup>; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”<sup>78</sup>; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”<sup>79</sup>; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”<sup>80</sup>, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”<sup>81</sup>. (Cf. **Párrafo 198**)

Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal<sup>82</sup> (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la

---

<sup>75</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”, implica que “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones”. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que “todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales”. Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

<sup>76</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 74.

<sup>77</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 20.

<sup>78</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 21.

<sup>79</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 25.

<sup>80</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 28.

<sup>81</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 30.

<sup>82</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, *supra* nota 49, párr. 17.

medida de lo posible, al examen de su propio caso<sup>83</sup>. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. **(Cf. Párrafo 199)**

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño<sup>84</sup>. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso<sup>85</sup>. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión<sup>86</sup>. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones<sup>87</sup>. **(Cf. Párrafo 200)**

La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (*supra* párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.. **(Cf. Párrafo 208)**

## **Reparaciones**

(Aplicación del artículo 63.1 de la convención americana)

---

<sup>83</sup> Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 27, párr. 102

<sup>84</sup> *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 15.

<sup>85</sup> *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párrs. 28 y 29.

<sup>86</sup> *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párr. 44.

<sup>87</sup> *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 75, párrs. 28 y 29.

Respecto de las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

### **Puntos resolutivos**

Por tanto, **(Cf. Párrafo 314)**

**la Corte declara,**

por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Rifo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia. **(Cf. Párrafo 1)**

por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta Sentencia. **(Cf. Párrafo 2)**

## CASO N° 242: CASO FORNERÓN E HIJA VS. ARGENTINA

**Fecha de Sentencia:** 27 de abril de 2012(Fondo, Reparaciones y Costas)

**Víctimas:** Leonardo Aníbal Javier Fornerón e hija (M)

**Estado parte:** Argentina

**Voces:** Artículo 8.1 (debido proceso), 25.1 (garantías judiciales) y 17 (derecho a la protección a la familia), 19 (derechos del Niño) y 1.1 (obligación de respetar derechos) de la Convención Americana.

**Caso completo en:** [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

### *Hechos del caso:*

Los hechos del presente caso se refieren a diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de M por parte del matrimonio B-Z sin contar con el consentimiento del señor Fornerón, padre biológico de M, así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquel, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña al matrimonio de guarda.

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, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. La Corte aclaró que existen indicios de que la entrega de M al matrimonio B-Z pudo haber sido a cambio de dinero, sin embargo, el Tribunal determinó que no contaba con los elementos suficientes para llegar a una conclusión, debido, principalmente, a la falta de una investigación penal sobre los hechos.

El señor Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, 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, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. 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 en apelación dos años después de la interposición del recurso, tras la práctica de medidas probatorias que habían sido omitidas en primera instancia. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, 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. Dos años y medio después, el Juez de Primera Instancia de Victoria se declaró competente. El señor Fornerón, entre otras actuaciones, solicitó una audiencia y en varias ocasiones requirió se acelerara el proceso y se dictara una sentencia. El 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro entre el señor Fornerón y su hija, por 45 minutos. 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.

*Análisis del caso:*

**Derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y con los derechos del niño**

En el presente caso el Tribunal considera que las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño debe interpretarse a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas. Tal como esta Corte lo ha afirmado en otras oportunidades, este *corpus juris* debe

servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas<sup>88</sup>. **(Cf. Párrafo 44)**

Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto<sup>89</sup>. 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<sup>90</sup>. **(Cf. Párrafo 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<sup>91</sup>. **(Cf. Párrafo 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<sup>92</sup>. **(Cf. Párrafo 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<sup>93</sup>. **(Cf. Párrafo 48)**

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 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”<sup>94</sup>. **(Cf. Párrafo 49)**

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

---

<sup>88</sup> Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194, y *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 121.

<sup>89</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 121, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196.

<sup>90</sup> Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 121.

<sup>91</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párrs. 67 y 71.

<sup>92</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párrs. 72, 75 y 77.

<sup>93</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párr. 65.

<sup>94</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 51, párrs. 56 y 60, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 50, párr. 108.

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<sup>95</sup>. **(Cf. Párrafo 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<sup>96</sup>. **(Cf. Párrafo 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, podría 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<sup>97</sup>. **(Cf. Párrafo 52)**

### **Garantías judiciales y protección judicial**

De acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana y por las representantes, la Corte analizará si los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas cumplieron con el requisito de plazo razonable de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención. En cuanto a los demás procesos no fue alegado ante esta Corte la violación del plazo razonable. **(Cf. Párrafo 65)**

El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>98</sup>. **(Cf. Párrafo 66)**

(...) 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. **(Cf. Párrafo 77)**

---

<sup>95</sup> Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, supra nota 50, párr. 109.

<sup>96</sup> Cfr. *Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16.

<sup>97</sup> Cfr. *Asunto L.M.*, supra nota 57, Considerando 18.

<sup>98</sup> Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, supra nota 10, párr. 257.

La Corte examinó si en el proceso de guarda que antecedió a la decisión de otorgar la adopción simple de la niña M, las autoridades judiciales internas actuaron con la debida diligencia que correspondía, teniendo en cuenta la situación particular del caso, así como la obligación de proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran menores de edad (supra párrs. 51 y 52).

Para ello, el Tribunal examinó los siguientes aspectos respecto del proceso de guarda: a) inobservancia de requisitos legales; b) omisiones probatorias; c) utilización de estereotipos, y d) retraso judicial como fundamento de la decisión. **(Cf. Párrafo 78)**

Entre sus consideraciones cabe destacar que:

Este Tribunal considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales. **(Cf. Párrafo 105)**

Con base en todo lo anterior, la Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso de guarda no actuaron con la debida diligencia y por ello el Estado violó el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, 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. **(Cf. Párrafo 106)**

### **Consideraciones de la Corte sobre el derecho a un recurso efectivo**

Los recursos judiciales interpuestos por el señor Fornerón no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho y el de su hija a la protección de la familia y a los derechos del niño de M. En consecuencia, el Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 17.1, 8.1 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. **(Cf. Párrafo 111)**

### **Protección a la familia**

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<sup>99</sup>. 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<sup>100</sup>, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo

---

<sup>99</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 51, párr. 66, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 50, párr. 169.

<sup>100</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 51, párrs. 71 y 72, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 50, párr. 169.

proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales<sup>101</sup> (supra párr. 47). **(Cf. Párrafo 116)**

De conformidad a la jurisprudencia constante de este Tribunal, para que una restricción a un derecho sea compatible con la Convención Americana, esta debe cumplir diversos requisitos, entre otros y en primer lugar, que la misma esté fundada en una ley. En el presente caso, el proceso de guarda y posterior adopción de M se encontraba regulado, entre otras normas, en el Código Civil argentino, una ley en sentido formal y material. **(Cf. Párrafo 117)**

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte ha determinado que la guarda judicial que culminó en la adopción simple de M se otorgó sin observar ciertos requisitos normativos, tales como el consentimiento del padre biológico y la ausencia de verificación de las demás condiciones establecidas en el artículo 317.a) del Código Civil, entre otros establecidos en la ley interna (supra párrs. 79 a 86). De tal modo, la injerencia en el derecho de protección a la familia del señor Fornerón y de su hija M no observó el requisito de legalidad de la restricción. **(Cf. Párrafo 118)**

Por otra parte, la Corte considera, tal como fue indicado por el perito García Méndez en la audiencia pública del presente caso, que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica<sup>102</sup>, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos. **(Cf. Párrafo 119)**

En particular, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

[...]

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. **(Cf. Párrafo 120)**

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

---

<sup>101</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 51, párr. 77, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 125.

<sup>102</sup> Cfr. Dictamen del perito García Méndez rendido en audiencia pública.



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. **(Cf. Párrafo 121)**

Por otra parte, además de la separación entre padre e hija, formalizada a partir de la sentencia en la cual se otorgó la guarda judicial por un año al matrimonio B-Z y posteriormente en el proceso de adopción, no se dispusieron medidas para vincular al señor Fornerón con su hija. Ello, a pesar de que en las decisiones judiciales de guarda y adopción se determinó esta posibilidad<sup>103</sup>. En noviembre de 2001 el padre biológico inició un proceso judicial para establecer un régimen de visitas. Sin embargo, y sin perjuicio del acuerdo de las partes celebrado ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en mayo de 2011 (*supra* párr. 42), no consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación entre padre e hija. **(Cf. Párrafo 122)**

Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso<sup>104</sup>. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez<sup>105</sup>. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar. **(Cf. Párrafo 123)**

---

<sup>103</sup> *Cfr.* Sentencia del Juez de Primera Instancia de 17 de mayo de 2001, *supra* nota 31, folio 19; sentencia de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia, *supra* nota 38, folio 243, y sentencia del Juez de Primera Instancia de 23 de diciembre de 2005, *supra* nota 48, folio 4761.

<sup>104</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 122, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 113.

<sup>105</sup> *Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, *supra* nota 94, párr. 113.

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

### **Deber de adoptar disposiciones de derecho interno**

El artículo 19 de la Convención establece el derecho de todo niño y niña, y el consecuente deber, entre otros, del Estado de brindar las medidas de protección que por su condición requieran. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Argentina el 4 diciembre de 1990, en su artículo 35 establece que:

[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. **(Cf. Párrafo 138)**

(...) esta última norma precisa y determina el contenido de algunas de las “medidas de protección” aludidas en el artículo 19 de la Convención Americana estableciendo, entre otras, la obligación de adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la “venta” de niños cualquiera sea su fin o forma. El texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre distintas medidas, sino que debe impedir la “venta” de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la “venta” de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin. **(Cf. Párrafo 139)**

La Corte considera que la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos<sup>106</sup>. La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduc[e] al niño a la condición de mercancía y conced[e] a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble”<sup>107</sup>. **(Cf. Párrafo 140)**

---

<sup>106</sup> Cfr., *mutatis mutandi*, *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 76, y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 118.

<sup>107</sup> Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de 17 de enero de 1996, E/CN.4/1996/100, párr. 12. Asimismo, *cfr.*, *inter alia*, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución respecto a derechos del niño, A/RES/66/141, 4 de abril de 2012, párr. 20, y A/RES/65/197, 30 de marzo de 2011, párr. 18 (“La Asamblea General [...] exhorta a todos los Estados a prevenir, tipificar, enjuiciar y castigar todas las formas de venta de niños”), y Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos del niño, A/HRC/RES/19/37, 19 de abril de 2012, párr. 42 (a) (“El Consejo de Derechos Humanos [...] Exhorta a todos los Estados a que: a) Adopten todas las medidas necesarias para eliminar, tipificar como delito y castigar efectivamente [...] la

Como ha sido indicado por los tribunales internos, al momento de los hechos del presente caso, el Estado no impedía penalmente la entrega de un niño o niña a cambio de dinero. La “venta” de un niño o niña no estaba impedida o prohibida penalmente sino que se sancionaban otros supuestos de hecho, como por ejemplo, el ocultamiento o supresión de la filiación (*supra* párr. 134). Dicha prohibición no satisface lo establecido por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la “venta” de niños cualquiera sea su forma o fin. La obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda “venta”, incluyendo su prohibición penal, está vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990. **(Cf. Párrafo 141)**

### **Reparaciones**

(Aplicación del artículo 63.1 de la convención americana)

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que su Sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó como medidas de reparación, que el Estado debe: a) establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija M; b) verificar la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan; c) adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas; d) implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación; e) publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este Fallo, el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, y f) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

### **Puntos resolutivos**

Por tanto, **(Cf. Párrafo 218)**

**la Corte declara,**

por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija

---

venta de niños con cualquier propósito”) y A/HRC/RES/7/29, 28 de marzo de 2008, párr. 36 (a) (“El Consejo de Derechos Humanos [...] *Exhorta* a todos los Estados a que: a) Adopten todas las medidas necesarias para eliminar, tipificar como delito y castigar efectivamente [...] la venta de niños”).

M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 65 a 111 de esta Sentencia. **(Cf. Párrafo 1)**

El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 116 a 124 de esta Sentencia. **(Cf. Párrafo 2)**

El Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón, de conformidad con lo establecido en los párrafos 129 a 144 de esta Sentencia. **(Cf. Párrafo 3)**

## SISTEMA EUROPEO

### CASO BORDEIANU VS. MOLDAVIA

**Sentencia de 11 enero 2011**

**JUR 2011\2703**

**Link:** <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102723>

**Derecho al respeto a la vida privada y familiar:** Medidas de protección: Sentencia que concedía la custodia de la niña a la madre sin que se pudiera ejecutar debido a la resistencia del padre. Las autoridades internas no tomaron medidas eficaces para hacer valer el derecho de la demandante a mantener contacto con su hija: lapso de tiempo de casi ocho meses en producirse el primer encuentro entre madre e hija lo que causó una alienación parental de la niña que puso en peligro el cumplimiento de la Sentencia. Hubo un aplazamiento de la ejecución durante casi cuatro años sin adopción de medidas que establecieran contactos efectivos regulares entre madre e hija. Incumplimiento de la exigencia de celeridad: violación existente.

**Jurisdicción:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Demanda núm.** 49868/2008. Demanda de ciudadana moldava contra la República de Moldavia, presentada ante el Tribunal el 26-09-2008, por falta de medidas efectivas por parte de las autoridades internas para hacer cumplir la Sentencia que le concedía la custodia de su hija. Violación del Art. 8 del Convenio.

*Análisis de la sentencia*

#### **Valoración de las partes**

El Gobierno alega que no se le puede imputar el periodo comprendido entre 26 de octubre y el 13 de diciembre de 2006 dado que la sentencia del Tribunal de Apelación de Balti no había adquirido firmeza. **(Cf. Párrafo 57)**

(...) alega que la falta de ejecución de la sentencia se debió al comportamiento de la demandante, la cual raramente había acudido a visitar a su hija al colegio, o al domicilio de O.G. para tratar de retomar el contacto con su hija, lo que habría facilitado las medidas necesarias para la entrega de la menor. El Gobierno también reprocha a la demandante que esperara un mes antes de quejarse de la inacción del oficial, a pesar de que pudo hacerlo a partir del 13 de diciembre de 2006, cuando la sentencia adquirió firmeza y devino ejecutable. La demandante habría aceptado tácitamente la situación dado que nunca se quejó. **(Cf. Párrafo 58)**

Finalmente, el Gobierno pretende que de acuerdo con la obligación positiva que se desprende del artículo 8 del Convenio, las autoridades moldavas han adoptado las medidas adecuadas y suficientes que estaban a su disposición para reunir a la demandante con su hija. Invoca a este



respecto la orden de búsqueda de O.G. emitida el 12 de abril de 2007 por el Tribunal de Dondusení y el hecho de que como consecuencia de su rechazo a cumplir la sentencia firme O.G. fuera sancionado en dos ocasiones con una pena de multa (cf. *supra* § 25), así como las gestiones del oficial de justicia tendentes a modificar el modo de ejecución de la sentencia o el hecho de que se llevara a la niña a un establecimiento público para menores. **(Cf. Párrafo 59)**

Hace referencia también a la recomendación del consejo médico en fecha de 23 de febrero de 2009 de que se aplazara la ejecución por un período de seis a doce meses. Sostiene que el cumplimiento de la sentencia en cuestión resultó ser un trámite muy delicado debido al síndrome de alienación parental que padece la niña y la alta probabilidad de que se degradara de su estado psíquico en el supuesto de que se adoptaran medidas de ejecución demasiado brutales. **(Cf. Párrafo 60)**

En opinión del Gobierno, la injerencia en el derecho de la demandante era necesaria en una sociedad democrática y no era desproporcionada, habida cuenta de los intereses de la menor. Subraya que la obligación para las autoridades internas de adoptar medidas no es absoluta ya que, en ocasiones, la reunión de un progenitor con unos hijos que viven desde hace cierto tiempo con el otro no se puede producir inmediatamente y requiere algunos preparativos. **(Cf. Párrafo 61)**

En respuesta, la demandante estima que la decisión del oficial de justicia de restituirle el título ejecutivo el 4 de enero de 2007 no estaba justificada. Niega haber aceptado tácitamente la situación: se opuso en varias ocasiones a las decisiones de restitución y presentó repetidas veces el título ejecutivo para que se tramitase la ejecución. Sostiene que los recursos ejercitados por el oficial de justicia solicitando la aclaración de la sentencia en cuestión, la modificación de la modalidad de ejecución, y la colocación de su hija, eran de carácter dilatorio y tenían como finalidad alejar más a la niña de su madre. Dice haberse sentido intimidada, humillada e incluso desesperada por la situación creada por O. G. y las autoridades. Afirma no tener ninguna responsabilidad en cuanto al estado psíquico de la niña o el desarrollo del síndrome de alienación parental, debiéndose éste a la influencia y la manipulación que O. G. y su entorno ejercían sobre la menor. Por último, señala que las sanciones pecuniarias impuestas a O. G. fueron ineficaces, toda vez que se archivó el procedimiento administrativo entablado contra este último. En opinión de la demandante, la mencionada actitud de las autoridades, que incumplieron su obligación fundamental de asegurar el cumplimiento de sus decisiones, es una de las causas principales de la lesión de su derecho al respeto de su vida familiar. **(Cf. Párrafo 62)**

## **Valoración del Tribunal**

### *Principios generales*

El Tribunal señala, en primer lugar, que las partes no discuten que la relación entre la demandante y su hija entre dentro de la esfera de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio. En efecto, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque se rompa la relación entre los padres, y las medidas

internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (véase, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega , 7 agosto 1996 [ TEDH 1996, 31] , ap. 52, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-III, y Elsholz contra Alemania [GS] [ TEDH 2000, 152] , núm. 25735/1994, ap. 43, TEDH 2000-VIII). **(Cf. Párrafo 63)**

El Tribunal reitera que si bien el artículo 8 tiene esencialmente como finalidad prevenir al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de tales injerencias: a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar, que pueden requerir la adopción de medidas encaminadas al respeto de la vida privada incluso en las relaciones entre individuos. **(Cf. Párrafo 64)**

Tanto en un caso como en otro, es necesario entrar a ponderar los intereses concurrentes del individuo y del conjunto de la sociedad; igualmente, en ambos supuestos, el Estado goza de cierto margen de apreciación (Sentencia Keegan contra Irlanda, 26 mayo 1994 [TEDH 1994, 21], ap. 49, Serie A núm. 290). **(Cf. Párrafo 65)**

En relación con la obligación para el Estado de adoptar medidas positivas, el Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a unas medidas específicas para reunirlo con su hijo y la obligación de las autoridades internas de adoptarlas (véase, por ejemplo, Sentencias Ignaccolo-Zenide contra Rumanía [TEDH 2000, 14] , núm. 31679/1996, ap. 94, TEDH 2000-I; Nuutinen contra Finlandia [TEDH 2000, 147], núm. 32842/1996, ap. 127, TEDH 2000-II). **(Cf. Párrafo 66)**

Cabe recordar que, en un asunto de este tipo, la idoneidad de una medida se juzga según la rapidez de su aplicación (Sentencia Maire contra Portugal [JUR 2004, 73133], núm. 48206/1999, ap. 74, TEDH 2003-VII). En efecto, los procedimientos relativos a la atribución de la patria potestad, incluida la ejecución de la decisión que culminó el proceso, requieren una tramitación urgente, ya que el paso del tiempo podría tener consecuencias irremediables en la relación entre el hijo y el progenitor que no vive con él. **(Cf. Párrafo 67)**

Sobre este extremo, el Tribunal reconoce que un cambio en las circunstancias puede justificar el incumplimiento de una decisión definitiva relativa a la reunión de un progenitor con su hijo. Sin embargo, habida cuenta de las obligaciones positivas que para el Estado se infieren del artículo 8 y de la exigencia general de la preeminencia del Derecho, el Tribunal debe asegurarse de que tal cambio en las circunstancias no se deba a la incapacidad de las autoridades internas para adoptar todas las medidas que razonablemente se les puede exigir al objeto de facilitar el cumplimiento de la decisión (Sentencias Sylvester contra Austria , núms. 36812/1997 y 40104/1998, ap. 63, 24 abril 2003 [JUR 2004, 73113] ; véase también Koudelka contra República checa , núm. 1633/2005, ap. 65, 20 julio 2006 [JUR 2006, 204617]). **(Cf. Párrafo 68)**

El punto decisivo consiste, por tanto, en si las autoridades internas adoptaron, para facilitar el contacto entre la demandante y su hija, todas las medidas necesarias que, en este caso, se les

podía razonablemente exigir (Sentencia Nuutinen contra Finlandia [TEDH 2000, 147], previamente citada). **(Cf. Párrafo 69)**

*Aplicación de los principios generales en el presente caso*

En el presente caso, el Tribunal no comparte la opinión del Gobierno de que el incumplimiento de la sentencia se debe al comportamiento de la demandante, quien raramente visitó a su hija. En efecto, los hechos de la causa muestran que la demandante no pudo visitar a la niña durante al menos ocho meses a causa del carácter recalcitrante del padre y por el hecho de que no pudiera ser encontrado. El Tribunal no admite el argumento del Gobierno según el cual la demandante aceptó tácitamente la situación creada, dado el número y la frecuencia de trámites que realizó ante las autoridades. En consecuencia, el Tribunal estima que la interesada manifestó suficientemente su voluntad de encontrar a su hija. **(Cf. Párrafo 70)**

Por el contrario, el Tribunal acepta la tesis del Gobierno según la cual el período entre el 26 de octubre de 2006 y el 13 de diciembre de 2006 no puede imputarse al Estado, toda vez que la sentencia del Tribunal de apelación de Balti no devino firme hasta el 13 de diciembre de 2006. **(Cf. Párrafo 71)**

En lo referente al período posterior a esta fecha, el Tribunal debe determinar si las autoridades desplegaron, con una celeridad razonable, las medidas necesarias y adecuadas para facilitar el cumplimiento de la sentencia en cuestión. **(Cf. Párrafo 72)**

*La primera restitución del título ejecutivo y la primera solicitud de aclaración de la sentencia a ejecutar*

El Tribunal constata que solamente veinte días después de que la sentencia adquiriera fuerza de cosa juzgada, el oficial de justicia restituyó el título ejecutivo a la demandante, sin motivar su decisión. Los tribunales internos constataron que esta decisión carecía de fundamento jurídico y la anularon, ordenando al oficial de justicia reanudar la ejecución (apartado 15 supra). Del 14 de febrero al 27 de marzo de 2007, es decir, durante más de un mes, las medidas adoptadas por el oficial de justicia consistieron únicamente en establecer un plazo de diez días para el cumplimiento voluntario por O. G. y en solicitar ante los tribunales internos la suspensión del procedimiento de ejecución para obtener la aclaración del contenido de la sentencia a ejecutar. **(Cf. Párrafo 73)**

El Tribunal señala, a este respecto, que la sentencia en cuestión no presentaba una dificultad especial de interpretación y que la aclaración de la sentencia no parece justificada por una necesidad objetiva. La reiterada denegación de aclaración de la sentencia por las instancias judiciales confirma aún más esta conclusión (apartados 21 y 41 supra). Evidentemente, en ausencia de cualquier otra medida complementaria, la demora resultante ciertamente no contribuyó a facilitar la ejecución. **(Cf. Párrafo 74)**

Por tanto, el Tribunal considera que el período comprendido entre el 13 de diciembre de 2006 y el 27 de marzo de 2007 es imputable al Estado. **(Cf. Párrafo 75)**

### *La orden de busca y captura contra O. G.*

El Tribunal señala que el 12 de abril de 2007, el Tribunal de Donduşeni emitió una orden de busca y captura contra O. G. El Tribunal reconoce que tal medida pudo resultar razonable y necesaria cuando O. G. eludió cumplir su obligación. Sin embargo, el Tribunal considera que el Gobierno no ha aportado ninguna prueba de que la búsqueda de O. G. se llevara efectivamente a cabo y de que ésta se hubiera enfrentado a algún obstáculo por el que fuera difícil, incluso imposible, aplicar a O. G. medidas coercitivas para garantizar la ejecución. El Tribunal señala que pese a la reticencia a cooperar manifestada por O. G., los tribunales nunca ordenaron su comparecencia forzosa ante el oficial de justicia. Por otra parte, el Tribunal duda de la eficacia de la orden de búsqueda, ya que el oficial de justicia siguió ignorando la nueva dirección de O. G. en la tramitación posterior. **(Cf. Párrafo 76)**

### *Las multas impuestas a O. G.*

El Tribunal señala que O. G. hizo fracasar el encuentro previsto para el 18 de mayo de 2007, y que fue sancionado con multas el 9 de julio y el 27 de julio de 2007 (apartado 25 supra). **(Cf. Párrafo 77)**

En relación con estas multas, el Tribunal reitera que cuando surgen dificultades, motivadas principalmente por la negativa del progenitor con el que se encuentra el niño a cumplir la resolución que ordena su restitución inmediata, corresponde a las autoridades competentes adoptar las medidas necesarias para sancionar esta falta de cooperación y, aunque en este ámbito delicado no sean en principio deseables las medidas coercitivas respecto a los niños, no debe excluirse el recurrir a sanciones en caso de comportamiento manifiestamente ilegal del progenitor con el que vive el menor (Sentencia Maire [JUR 2004, 73133], previamente citada, ap. 76). El Tribunal no tiene el convencimiento de que el importe de dichas sanciones fuese suficientemente importante para llevar al padre a cambiar de actitud. Además, el Tribunal constata que la última se vio privada de efecto ya que finalmente fue anulada por decisión de 20 de noviembre de 2007. **(Cf. Párrafo 78)**

Por tanto, el Tribunal ha de constatar que las multas en cuestión no constituyeron medidas suficientes y adecuadas para garantizar el cumplimiento y que la demora entre el 18 de mayo de 2007 y el 10 de agosto de 2007 (fecha del primer encuentro entre las partes) es igualmente imputable a las autoridades estatales. **(Cf. Párrafo 79)**

### *Conclusión del Tribunal en relación con el período del 13 de diciembre de 2006 al 10 de agosto de 2007*

El Tribunal sólo puede constatar que cuando se produjo el primer encuentro entre madre e hija habían transcurrido casi ocho meses desde que la sentencia a ejecutar hubiera devenido firme. La falta de encuentros es confirmada por la constatación de la autoridad de asistencia social de fecha 10 de agosto de 2007 (apartado 28 supra), según la cual la causa de la alienación parental de la niña era precisamente el hecho de que desde el divorcio hasta hoy, las visitas y la comunicación de la madre con su hija fueron limitadas por O. G. **(Cf. Párrafo 80)**

Por tanto, habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal concluye que durante este período, el Gobierno no adoptó medidas suficientes y adecuadas para prevenir las consecuencias de una separación demasiado prolongada entre la demandante y su hija y para facilitar el cumplimiento de la sentencia. **(Cf. Párrafo 81)**

#### *La segunda restitución del título ejecutivo*

El Tribunal señala que el encuentro entre las partes en fecha de 10 de agosto de 2007 fracasó por la negativa de la menor a volver con su madre. De ello se infiere que en ese momento de la ejecución las autoridades ya no podían ignorar que la alienación parental de la niña había alcanzado un grado que ponía en peligro el cumplimiento de la sentencia y que la solución del problema requería un enfoque complejo con la participación de expertos en la materia. Era en ese momento cuando, como muy tarde, las autoridades deberían haber sido conscientes de la gravedad del problema y haber adoptado un dispositivo de medidas destinadas a preparar la entrega de la niña de un progenitor a otro. Ahora bien, el Tribunal señala que nada de esto se hizo en el presente caso. El oficial de justicia decidió restituir el título ejecutivo el 27 de noviembre de 2007. El Gobierno no justifica en forma alguna el plazo transcurrido entre el 10 de agosto de 2007 y el 27 de noviembre de 2007. **(Cf. Párrafo 82)**

Asimismo, el Tribunal señala que el oficial de justicia reanudó la ejecución el 22 de enero de 2008, fijando para el 1 de abril de 2008 (es decir, dos meses y medio después) la fecha para el encuentro entre las partes. Tal plazo parece excesivo a juicio del Tribunal. El 1 de abril de 2008, el intento de entrega de la menor se saldó con un nuevo fracaso, ya que la niña rehusaba cualquier contacto con su madre. Se señaló una nueva fecha, el 20 de agosto de 2008, es decir, cuatro meses y diecinueve días más tarde. Ahora bien, aunque el Tribunal reconoce que en las circunstancias creadas parecía necesario aplazar la ejecución, señala que tal aplazamiento no venía acompañado de ningún dispositivo de medidas pedagógicas o terapéuticas destinadas a reducir las consecuencias de la prolongada separación de la madre y su hija. **(Cf. Párrafo 83)**

Por tanto, el Tribunal considera que el período comprendido entre el 10 de agosto de 2007 y el 20 de agosto de 2008, que abarca más de un año, es igualmente imputable a las autoridades estatales. **(Cf. Párrafo 84)**

En relación con los nuevos trámites realizados por el oficial de justicia ante el Tribunal de Donduşeni, y posteriormente ante el Tribunal de apelación de Bălţi solicitando la aclaración de la sentencia a ejecutar, éstos fueron rechazados por carecer de fundamento. En opinión del Tribunal, los trámites eran puramente dilatorios, ya que el contenido de la sentencia era inequívoco. **(Cf. Párrafo 85)**

En cuanto a la solicitud de modificación de la modalidad de ejecución presentada por el oficial de justicia ante el Tribunal de Donduşeni el 5 de septiembre de 2008, el Tribunal estima que era de carácter dilatorio toda vez que, como señalaron los tribunales internos, tal solicitud en ningún caso puede perseguir la modificación del contenido de la sentencia. **(Cf. Párrafo 86)**

Asimismo, la solicitud de colocación en una institución pública para la rehabilitación y guarda de la menor no constituye, a juicio del Tribunal, una medida destinada a facilitar que se

reanudara la relación madre-hija, más aún cuando los servicios sociales habían recomendado un plan de encuentros a intervalos regulares y la intervención de un psicólogo (apartado 39 supra). Evidentemente, tal intervención no podía limitarse, como en el presente caso, a la mera constatación de que debía aplazarse la ejecución debido al riesgo para el estado psíquico de la niña, sino que debía proponer medidas concretas (por ejemplo, una terapia previa o la asistencia de expertos en la materia). **(Cf. Párrafo 87)**

Habida cuenta de las constataciones que preceden, pese a la reciente evolución del proceso de ejecución mencionada en las alegaciones del Gobierno, el Tribunal sólo puede constatar que, después de casi cuatro años, se sigue sin dar cumplimiento a la sentencia definitiva de 29 septiembre 2006. Señala, de entrada, que esta situación continuada no es de modo alguno imputable a la demandante, quien regularmente realizó trámites ante las autoridades para poner fin a la ejecución y conseguir el retorno de su hija. **(Cf. Párrafo 88)**

El Tribunal reconoce que el incumplimiento es imputable sobre todo a la negativa manifiesta del padre, y luego a la de la hija, condicionada por el primero. **(Cf. Párrafo 89)**

Sin embargo, cabe constatar en este caso que las autoridades no mostraron la debida diligencia para lograr que O. G., quien se resistía a cumplir su obligación, cambiara de actitud, en su caso, mediante medidas coercitivas suficientemente sistemáticas, incluso más severas. El Tribunal reitera que en este tipo de asuntos, la idoneidad de una medida se juzga por la rapidez de su aplicación: los procedimientos relativos a la atribución de la patria potestad, incluida la ejecución de la resolución que culminó el proceso, requieren en efecto una tramitación urgente, ya que el paso del tiempo podría tener consecuencias irremediables en la relación entre el hijo y el progenitor que no vive con él (Sentencias, previamente citadas, Ignaccolo-Zenide [TEDH 2000, 14] , ap. 102; véase también, mutatis mutandis, Maire , ap. 74, Sentencias Pini y otros contra Rumanía [JUR 2004, 178985], núms. 78028/2001 y 78030/2001, ap. 175, Atendiendo a la edad de la niña, cinco años en 2007, y al contexto familiar perturbado, el Tribunal tiene en cuenta el argumento de la demandante según el cual cuando se produjo el primer encuentro, la menor llevaba más de ocho meses bajo la influencia exclusiva de su padre, en un medio hostil a la demandante. **(Cf. Párrafo 90)**

En opinión del Tribunal, el incumplimiento de la sentencia favorable a la demandante es imputable sobre todo a la tolerancia de facto, por las autoridades de ejecución y los tribunales, de la resistencia constante del padre, y a la ausencia de medidas para establecer contactos efectivos y regulares entre madre e hija, a intervalos razonables. Las autoridades internas no llegaron a lo que razonablemente podía esperarse de ellas, incumpliendo así su obligación positiva derivada del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). **(Cf. Párrafo 91)**

En estas condiciones, no se puede imputar a la demandante la responsabilidad de la impotencia de las autoridades en la adopción de medidas rápidas y adecuadas para establecer contactos efectivos entre ella y su hija (véase, mutatis mutandis, Sentencia Bove contra Italia, núm. 30595/2002, ap. 50, 30 junio 2005 [TEDH 2005, 72]), ni sostener que las autoridades desplegaron los esfuerzos necesarios para hallar una solución a esta situación desesperada. A juicio del Tribunal, las autoridades internas permitieron en este caso que el litigio se



resolviera por el simple paso del tiempo, de forma que el restablecimiento del vínculo entre la interesada y su hija ya no parece posible en la actualidad. **(Cf. Párrafo 92)**

Habida cuenta de lo que antecede, y pese al margen de apreciación del Estado demandado en la materia, estos elementos son suficientes para que el Tribunal concluya que ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) debido al incumplimiento de la sentencia firme favorable a la demandante. **(Cf. Párrafo 93)**

#### **Sobre la violación del artículo 6.1 del Convenio (Derecho a un proceso equitativo)**

La demandante se queja esencialmente de la violación de su derecho a un juicio justo y dentro de un plazo razonable. Denuncia, en particular, las demoras en la ejecución de la decisión en materia de derecho de custodia y la laxitud de las autoridades ante el comportamiento del padre de su hija. **(Cf. Párrafo 94)**

El Gobierno solicita al Tribunal que constate la no violación del artículo 6.1 teniendo en cuenta la complejidad del litigio y el comportamiento de la demandante. **(Cf. Párrafo 95)**

El Tribunal señala que esta queja, formulada en el terreno del derecho a un tribunal, tiene relación con la examinada anteriormente y, en consecuencia, debe declararla admisible. **(Cf. Párrafo 96)**

En el presente caso, cabe constatar que el comportamiento de las autoridades internas en el proceso de ejecución del derecho de custodia constituye el núcleo de la queja planteada por la interesada desde el punto de vista del artículo 8, que no solamente engloba las exigencias procedimentales inherentes, sino que corre parejo con el objetivo más amplio de asegurar el adecuado respeto, entre otras cosas, de la vida familiar (Sylvester contra Austria [JUR 2004, 73113], previamente citada). En opinión del Tribunal, las circunstancias de la causa no hacen necesario el examen desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). **(Cf. Párrafo 97)**

Por tanto, y teniendo en cuenta su conclusión relativa a la violación del artículo 8, el Tribunal estima que no ha lugar a examinar separadamente las alegaciones de la demandante en el terreno del artículo 6 del Convenio. **(Cf. Párrafo 98)**

Por estos motivos,

**el Tribunal declara,**

por unanimidad

1º Declara admisible la demanda;

2º Declara que ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572);

3º Declara que no ha lugar a examinar la queja relativa al artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572);

## CASO PIAZZI VS. ITALIA

**Sentencia de 2 noviembre 2010**

**JUR 2010\360648**

**Link:** <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101546>

**Hechos del caso:** El demandante alega una violación de su derecho al respeto de su vida familiar debido a que, a pesar de la existencia de una resolución del Tribunal de menores que fijaba las condiciones de ejercicio de su derecho de visita, no pudo ejercer este derecho desde 2001. Considera que los servicios sociales se quedaron al margen en la ejecución de las decisiones del Tribunal de menores y que éste último no ejerció su deber de vigilancia constante sobre el trabajo de los servicios sociales con el fin de que el comportamiento de éstos no hiciera fracasar las decisiones del Tribunal.

**Jurisdicción:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Demanda núm.** 36168/2009

*Análisis de la sentencia*

Fundamentos de derecho

**Sobre la violación del artículo 8 del convenio** (RCL 1999, 1190, 1572)

El artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) está redactado de la siguiente manera:

- «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida (...) familiar, (...).
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria (...) la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.» (Cf. **Párrafo 34**)

El Gobierno se opone a la tesis del demandante. (Cf. **Párrafo 35**)

**Sobre la admisión**

El Tribunal constata que la queja planteada del artículo 8 no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Por otro lado, señala que no presentaba ningún otro motivo de inadmisión y, por tanto, conviene declararla admisible. (Cf. **Párrafo 36**)

**Sobre el fondo**

Apreciación del Tribunal

Como ha recordado el Tribunal en varias ocasiones, aunque el artículo 8 tiene como finalidad esencial prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a ordenar al Estado que se abstenga de dichas injerencias: a este compromiso más bien negativo, pueden añadirse las obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. Pueden implicar la adopción de medidas que persigan el respeto de la

vida familiar hasta en las relaciones entre los individuos, entre ellas la puesta en marcha de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar los derechos legítimos de los interesados, así como el respeto de las decisiones judiciales, o de medidas específicas apropiadas (ver, *mutatis mutandis*, *Zawadka contra Polonia*, núm. 48542/1999, ap. 53, 23 junio 2005 [TEDH 2005, 69]). (Cf. **Párrafo 52**)

En cuanto a este asunto, el Tribunal señala en primer lugar que en el momento de su separación de hecho en 1993, el demandante y su ex esposa llegaron a un acuerdo sobre la modalidad del derecho de visita del interesado. Sin embargo, tras el traslado y el nuevo matrimonio de su ex esposa (C.), ésta comenzó a oponerse, y el demandante interpuso en 2002 un recurso ante el Tribunal de menores («Tribunal») para solicitar el respeto del derecho de visita. Su esposa señala que L. había afirmado haber sufrido tocamientos sexuales por parte de su padre y de su familia. En estas condiciones, el Tribunal, el 19 de junio de 2002, ordenó un examen del menor (apartado 11 supra). El informe presentado por el perito puso en evidencia la incapacidad de los dos padres para ejercer «todas las funciones de un padre». Además, los intentos de la madre para influir en su hijo en contra de su padre podían conducir, en este caso, a un síndrome de alienación parental. En opinión del psicólogo, era poco probable que L hubiera sufrido tocamientos sexuales por parte de su padre.

En estas circunstancias, el Tribunal limitó la patria potestad los dos padres sobre el hijo y autorizó al demandante a ver a su hijo en presencia de los asistentes sociales según las modalidades establecidas por los mismos servicios sociales. Los encuentros debían tener lugar cada quince días durante una hora. Las autoridades tenían, por tanto, la obligación de adoptar medidas para reunirlo con su hijo. No se presta a controversia, en este caso, que los trámites llevados a cabo por éstas no aportaron el resultado deseado y que el demandante no ve a su hijo desde 2001. (Cf. **Párrafo 53**)

Sin embargo, el hecho de que los esfuerzos de las autoridades fueron vanos no conduce automáticamente a la conclusión de que el Estado no cumplió las obligaciones positivas que se desprenden del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (ver, *mutatis mutandis*, *Mihailova contra Bulgaria* [ JUR 2006, 53426] , núm. 35978/2002, ap. 82, 12 enero 2006). En efecto, la obligación para las autoridades nacionales de adoptar medidas con el fin de reunir al padre y al hijo que no viven juntos no es absoluta, y la comprensión y la cooperación del conjunto de personas afectadas constituye un factor importante. Aunque las autoridades nacionales deben esforzarse para facilitar dicha colaboración, la obligación para ellas de recurrir a la coacción en la materia estaría limitada: tienen que tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de estas personas, y principalmente los intereses superiores del menor y los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. Como reconoce la jurisprudencia reiterada del Tribunal, se impone una gran prudencia cuando se trata de recurrir a la coacción en un tema tan delicado (*Reigado Ramos contra Portugal*, núm.73229/2001, ap. 53, 22 noviembre 2005 [ TEDH 2000, 152] ), y el artículo 8 del Convenio no podría autorizar al padre a adoptar medidas perjudiciales a la salud y al desarrollo del menor (*Elsholz contra Alemania* [GC] [ TEDH 2000, 152] , núm. 25735/1994, aps. 49-50, CEDH 2000-VIII). El punto decisivo consiste, por tanto, en saber si las

autoridades nacionales adoptaron, para facilitar la reunión, todas las medidas necesarias que se les podía razonablemente exigir (Nuutien contra Finlandia [TEDH 2000, 147], núm. 32842/1996, ap. 128, CEDH 2000-VIII). **(Cf. Párrafo 54)**

En este caso, ante la imposibilidad de poner en marcha su derecho de visita determinado por la resolución de 1 de diciembre de 2003, el demandante buscó en primer lugar la asistencia de los servicios sociales con el fin de hacer respetar esta decisión. Hay que constatar que no se dio curso a estas demandas. Este incumplimiento, teniendo en cuenta la edad del niño (once años en 2003) y el contexto familiar perturbado, fue tan grave que el transcurso del tiempo tuvo efectos negativos sobre la posibilidad para el demandante de retomar la relación con su hijo. **(Cf. Párrafo 55)**

En 2006, el demandante solicitó al Tribunal la ejecución de la decisión de 1 diciembre 2003. Entre tanto, y precisamente tres años después de la primera resolución del Tribunal, los servicios sociales presentaron el primer informe sobre la situación del menor y de la familia. El Tribunal señala que los dos psiquiatras que redactaron el informe nunca vieron al niño, que fue tratado por un psicoterapeuta elegido por la madre del menor. La solución considerada en el informe fue la de esperar a que madurara el niño, que de momento se negaba a ver a su padre. **(Cf. Párrafo 56)**

Por resolución de 13 de mayo de 2008, el Tribunal constató la no ejecución de su decisión de 1 diciembre 2003 y que los servicios sociales habían delegado en la madre la gestión del seguimiento psicológico de su hijo. Sin embargo, teniendo en cuenta el rechazo del menor a ver al demandante, el Tribunal ordenó que el niño continuara con el tratamiento psicológico con el fin de comprender y canalizar la rabia que sentía hacia su padre. El Tribunal ordenó a los servicios sociales que controlaran igualmente el comportamiento de la madre y utilizaran para el seguimiento de la trayectoria del menor las estructuras públicas. **(Cf. Párrafo 57)**

Conviene recordar que en un asunto de este tipo, el carácter adecuado de una medida se juzga en la rapidez de su puesta en marcha (Maire contra Portugal [JUR 2004, 73133], núm. 48206/1999, ap. 74, CEDH 2003-VII). En consecuencia, el Gobierno demandado explica el comportamiento de los servicios sociales y del Tribunal por la voluntad de no traumatizar al menor. Sin embargo, el Tribunal señala que el 19 de abril de 2006, el demandante solicitó al Tribunal la ejecución de su decisión de 2003. Ahora bien, el Tribunal constató la inexecución de la medida en 2008. El Tribunal señala igualmente que desde 2003 los servicios sociales no habían presentado ningún informe sobre la situación psicológica del menor. En opinión del Tribunal, dichas dilaciones no podrían ser justificadas ya es cada Estado Contratante quien debe organizar su sistema judicial de manera que asegure el respeto de las obligaciones positivas que le corresponde en virtud del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). **(Cf. Párrafo 58)**

Así, en lugar de adoptar las medidas propias que permitan la ejecución del derecho de visita, el Tribunal tomó en consideración la situación del menor, y ordenó a los servicios sociales que siguieran la trayectoria terapéutica del menor revelando que éste se sentía amenazado en presencia de su padre y no quería verle. El Tribunal recuerda al respecto que no le

corresponde sustituir con valoración la de las autoridades nacionales competentes en cuanto a las medidas que debían haber sido adoptadas puesto que las autoridades están, en principio, mejor situadas para proceder a dicha valoración, en particular puesto que están en contacto directo con el contexto del asunto y las partes implicadas (Reigado Ramos contra Portugal [TEDH 2005, 127], previamente citada, ap. 53). En este caso, no podría ignorar la opinión del psicólogo citada en la resolución de 1 de diciembre de 2003, según la cual los intentos de la madre de enfrentar al menor contra su padre podían desembocar en un síndrome de alienación parental. **(Cf. Párrafo 59)**

El Tribunal reconoce que, en este caso, las autoridades se enfrentaban a una situación muy difícil debida a la tensión entre los padres. Sin embargo, una falta de cooperación entre padres separados no dispensaría a las autoridades competentes de poner en marcha todos los medios susceptibles de permitir el mantenimiento del vínculo familiar (ver, mutatis mutandis, Reigado Ramos [ TEDH 2005, 127] , citada, ap. 55). Ahora bien, en consecuencia las autoridades nacionales hicieron lo que razonablemente se podía esperar de ellas: el Tribunal delegó la gestión de los encuentros a los servicios sociales, que a su vez delegaron a la madre la gestión del seguimiento de la trayectoria terapéutica del menor. Posteriormente, aunque el menor declaró no querer ver a su padre, el Tribunal afirma que según el informe pericial citado en la resolución de 1 de diciembre de 2003, era importante que el niño le viera. Las autoridades fallaron en su deber de adoptar medidas prácticas con el fin de incitar a los interesados a una mejor cooperación, teniendo siempre en cuenta el interés del menor (ver Zawadka [TEDH 2005, 69], citada, ap. 67). **(Cf. Párrafo 60)**

El Tribunal afirma que el desarrollo del proceso ante el Tribunal hizo que aparecieran una serie de medidas automáticas y estereotipadas, como las demandas sucesivas de información y una delegación del seguimiento a los servicios sociales ordenándoles que se respetara el derecho de visita del demandante. Las autoridades dejaron que se consolidara una situación de hecho sin tener en cuenta las decisiones judiciales, incluso cuando el simple transcurso de tiempo tenía consecuencias cada vez más graves para el demandante, privado del contacto con su hijo. Al respecto, no habría que ignorar que en el momento de ser interrogado por el Tribunal, el menor se encontraba desde hacía un tiempo bajo la influencia exclusiva de la madre, en un medio hostil para el interesado y que habían transcurrido más de 4 años sin contacto entre el demandante y su hijo. Además, el Tribunal señala que los dos psicólogos que redactaron el informe sobre la situación del menor trabajaban en la misma ASL que el padrastro del menor, profesor de universidad y jefe del servicio. Tampoco parece que las autoridades consideraran, teniendo en cuenta las dificultades para los padres de llegar a un acuerdo en la elección del psicólogo, que éstos fueran obligados a seguir una terapia familiar (ver Pedovic contra República checa, núm. 27145/2003, ap. 34, 18 julio 2006 [ JUR 2006, 204595] ) o que los encuentros tuvieran lugar en el seno de una estructura especializada (ver, por ejemplo, Mezl contra República checa, núm. 27726/2003, ap. 17, 9 enero 2007 [ JUR 2007, 6918]; Zavrel contra República checa, núm. 14044/2005, ap. 24, 18 enero 2007 [ JUR 2007, 22426] ).

En estas circunstancias, el Tribunal considera que, frente a dicha situación, las autoridades debían haber adoptado medidas más directas y más específicas para restablecer el contacto entre el demandante y su hijo. En particular, la mediación de los servicios sociales debía haber sido utilizada para hacer que las partes cooperaran y, conforme a la resolución de 1 de diciembre de 2003, debían haber organizado los encuentros entre el demandante y su hijo. Ahora bien, las jurisdicciones internas no adoptaron ninguna medida apropiada para crear de cara al futuro las condiciones necesarias para la realización del derecho de visita del demandante (Macready contra República checa, núm. 4824/2006 y 15512/2008, ap. 66, 22 abril 2010 [JUR 2010, 121726]). **(Cf. Párrafo 61)**

Por otro lado, el Tribunal afirma que, actualmente, L. ya es mayor.

En vista de lo que antecede y a pesar del margen de apreciación del Estado demandado en la materia, el Tribunal considera que las autoridades nacionales omitieron ejercer el esfuerzo adecuado y suficiente para hacer respetar el derecho de visita del demandante o permitirle, al menos, restablecer el contacto con su hijo, vulnerando de esta manera su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). **(Cf. Párrafo 62)**

Ha habido, por tanto, violación de esta disposición. **(Cf. Párrafo 63)**

### **Sobre la aplicación del artículo 41 del convenio**

En términos del artículo 41 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572),

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa». **(Cf. Párrafo 64)**

#### **A. Daño**

El demandante reclama la reparación del daño moral debido a la larga separación de su hijo, y a la angustia sufrida. Solicita 240.000 EUR. **(Cf. Párrafo 65)**

El Gobierno considera que esta cantidad es excesiva y recuerda la jurisprudencia del Tribunal en los asuntos Bove contra Italia (núm. 30595/2002, ap. 61, 30 junio 2005 [TEDH 2005, 72]) y Andelová contra República checa (núm. 995/2006, ap. 113, 28 febrero 2008 [JUR 2008, 64114]). **(Cf. Párrafo 66)**

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la constatación de la ruptura de las relaciones entre el demandante y su hijo, el Tribunal considera que el interesado sufrió un daño moral que no podría ser reparado únicamente con la constatación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Sin embargo, la cantidad reclamada es exagerada. En vista del conjunto de los elementos que posee y resolviendo en equidad, como exige el artículo 41 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), el Tribunal concede al interesado 15.000 EUR al respecto. **(Cf. Párrafo 67)**

#### **B. Costas y gastos**



El demandante solicita 33.742,79 en concepto de reembolso de las costas satisfechas ante las jurisdicciones nacionales y 27.131,44 en concepto de reembolso de las satisfechas ante el Tribunal. **(Cf. Párrafo 68)**

El Gobierno señala que aunque el demandante presento dos facturas, correspondientes a las costas satisfechas ante las jurisdicciones nacionales, éstas no contenían ninguna lista detallada de los actos que incluían. Considera igualmente que las cantidades reclamadas son excesivas y se remite a la sabiduría del Tribunal. **(Cf. Párrafo 69)**

Respecto a las costas satisfechas ante las jurisdicciones internas, el Tribunal señala que, a pesar de que una parte de estas costas fueron satisfechas para hacer corregir la violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), las facturas presentadas no indican detalladamente la naturaleza de las prestaciones de abogado del demandante. **(Cf. Párrafo 70)**

En lo que concierne a las costas satisfechas ante él, el Tribunal juzga excesiva la cantidad solicitada por el demandante. **(Cf. Párrafo 71)**

En estas condiciones, resolviendo en equidad y teniendo en cuenta la práctica de los órganos del Convenio en la materia, considera razonable conceder al demandante 5.000 EUR. **(Cf. Párrafo 72)**

#### C. Intereses de demora

El Tribunal considera apropiado basar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés marginal de la facilidad de préstamo del Banco central europeo incrementado en tres puntos. **(Cf. Párrafo 73)**

Por estos motivos,

**el Tribunal declara,**

por unanimidad

1º Declara la demanda admisible;

2º Declara, que ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)