



LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

En la jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos

Instituto Nacional de Derechos Humanos

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

En la jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos

Instituto Nacional de Derechos Humanos



LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consuelo Contreras Largo (Directora)

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

José Aylwin Oyarzún

Carolina Carrera Ferrer

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Debbie Elena Guerra Maldonado

Branislav Ljubomir Marelic Rokov

Sergio Micco Aguayo

Margarita Valeria Romero Mendez

Eduardo José Saffirio Suarez

Equipo de trabajo INDH

Julio Cortés Morales

Natalia Labbé Céspedes

Raimundo Jara Duclos (alumno en práctica)

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impresión

Andros

ISBN: 978-956-6014-16-4

Registro de Propiedad Intelectual: A-299780

Primera edición

2.000 ejemplares

Santiago de Chile, diciembre de 2018

ÍNDICE

Presentación	11
1. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 Artículo 19 (Derechos del Niño)	17
2. Caso Bulacio v. Argentina Sentencia 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 Artículo 19 (Derechos del Niño) y Garantía de no repetición de los hechos lesivos	24
3. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury v. Perú Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110 Artículo 19 (Derechos del Niño)	31
4. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” v. Paraguay Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112 Artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), artículo 4 (Derecho a la Vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) y artículo 8.1 (Garantías Judiciales) en relación al artículo 19 (Derechos del Niño)	37
5. Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 Artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), artículo 18 (Derecho al Nombre), artículo 19 (Derechos del Niño), artículo 20 (Derecho a la Nacionalidad) y artículo 24 (Igualdad ante la Ley)	50
6. Caso de la “Masacre de Mapiripán” v. Colombia Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134 Artículo 19 (Derechos del Niño) en relación a los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.1 (Derecho a la Integridad Personal), 22.1 (Derecho de Circulación y Residencia)	56

7. Caso Servellón García y otros v. Honduras	63
Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152	
Artículo 4.1 (Derecho a la Vida), artículo 5.1, 5.2 y 5.5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 y 7.5 (Derecho a la Libertad Personal) y artículo 19 (Derechos del Niño)	
8. Caso Vargas Areco v. Paraguay	69
Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155	
La Incorporación de Niños en las Fuerzas Armadas	
9. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México	75
Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205	
Artículo 19 (Derecho de las Niñas)	
10. Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala	78
Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211	
Artículo 17 (Derecho a la Familia), artículo 18 (Derecho al Nombre) y artículo 19 (Derechos del Niño)	
11. Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala	85
Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212	
Artículo 11.2 (Protección a la Honra y de la Dignidad), artículo 17 (Protección a la Familia) y artículo 19 (Derechos del Niño)	
12. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay	92
Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214	
Artículo 19 (Derecho de los Niños y Niñas)	
13. Caso Rosendo Cantú y otra v. México	95
Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216	
Artículo 19 (Derechos del Niño)	
14. Caso Gelman v. Uruguay	98
Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221	
Artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 17 (Protección a la Familia), artículo 18 (Derecho al Nombre), artículo 19 (Derechos del Niño) y artículo 20 (Derecho a la Nacionalidad)	

15. Caso Contreras y otros v. El Salvador

Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232

Artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), artículo 4.I (Derecho a la Vida), artículo 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 7.I (Derecho a la Libertad Personal), artículo 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad), artículo 17 (Protección de la Familia), artículo 18 (Derecho al Nombre), artículo 19 (Derechos del Niño) y artículo 29.c) (Normas de Interpretación)

106

16. Caso Familia Barrios v. Venezuela

Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237

Artículo 4 (Derecho a la Vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal) y artículo 19 (Derechos del Niño)

125

17. Caso Atala Riffo y niñas v. Chile

Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

Artículo 17 (Protección de la Familia) y artículo 19 (Derechos del Niño)

127

18. Caso Fornerón e hija v. Argentina

Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242

Artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), artículo 17 (Protección de la Familia) y artículo 19 (Derechos del Niño)

149

19. Caso Furlan y familiares v. Argentina

Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 8 (Garantías Judiciales), artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y artículo 25 (Protección Judicial) en relación al artículo 19 (Derechos del Niño), a los derechos de las personas con discapacidad y al artículo 24 (Igualdad ante la Ley)

163

20. Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala

Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250

Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) en relación al artículo 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), artículo 17 (Protección de la Familia) y artículo 19 (Derechos del Niño)

172

21. Caso Mendoza y otros v. Argentina	181
Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260	
Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal) y artículo 19 (Derechos del Niño) en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos	
22. Caso Familia Pacheco Tineo v. Bolivia	188
Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272	
Artículo 19 (Derechos de los Niños y Niñas) en relación al artículo 8 (Garantías Judiciales), artículo 17 (Protección de la Familia) y artículo 25 (Protección Judicial)	
23. Caso Véliz y Franco y otros v. Guatemala	196
Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277	
Artículo 4 (Derecho a la Vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) y artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal) en relación con el artículo 19 (Derechos del Niño), las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y prevenir la violencia contra la mujer	
24. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana	200
Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282	
Artículo 7 (Libertad Personal), artículo 8 (Garantías Judiciales), artículo 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y artículo 17 (Protección a la Familia) en relación al artículo 19 (Derechos del Niño) y la obligación de respetar los derechos sin discriminación	
25. Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador	212
Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285	
Artículo 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y artículo 17 (Protección a la Familia) en relación al artículo 19 (Derechos de la Niña y los Niños)	
26. Caso González Lluy y otros v. Ecuador	214
Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298	
Artículo 19 (Derechos del Niño) y derecho a la educación	

27. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil

Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

Artículo 19 (Derechos del Niño) ´

218

28. Caso Yarce y otras v. Colombia

Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325

Artículo 17 (Protección a la Familia) y artículo 19 (Derechos del Niño)

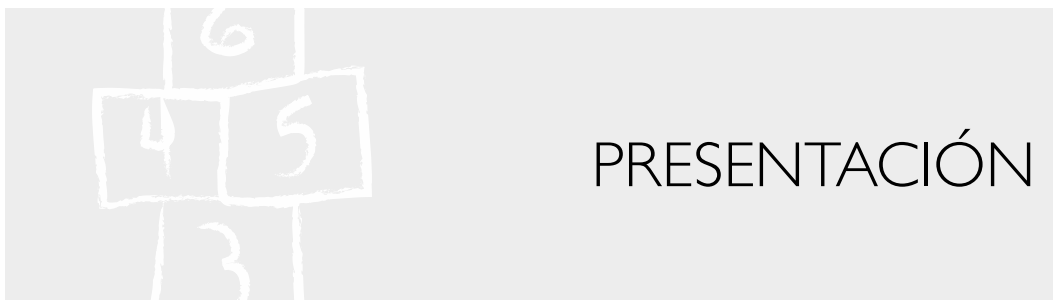
221

29. Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala

Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351

Artículo 4 (Derecho a la Vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal), artículo 8 (Garantías Judiciales), artículo 11.2 (Derecho a la Vida Familiar), artículo 17 (Protección a la Familia), artículo 18 (Derecho al Nombre), artículo 19 (Derechos del Niño) y artículo 25 (Protección Judicial)

223



PRESENTACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño (o CDN) comenzó a ser discutida en el año 1979, que en conmemoración de los 20 años de la Declaración internacional de los Derechos del Niño había sido proclamado por Naciones Unidas como el “año internacional del niño”. Tras una década de discusiones, la CDN finalmente fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1989. En ese lapso de diez años pasó de ser un instrumento más bien declarativo, a un tratado internacional que en medio centenar de disposiciones redefine completamente la consideración jurídica de la infancia, así como las obligaciones de los Estados en materia de protección de las personas menores de 18 años de edad.

Para el año 1990 muchos países -entre ellos Chile- ya la habían ratificado, y su número continuó creciendo. De esta forma, en un plazo relativamente breve esta Convención pasó a ser el tratado internacional de derechos humanos que hasta ahora cuenta con el más alto número de ratificaciones en la historia, al punto de que actualmente el único país que no la ha ratificado es Estados Unidos.

A casi tres décadas de su aprobación, la Convención sobre Derechos del Niño ha sido reforzada con 3 protocolos facultativos, todos ellos ratificados por el Estado de Chile: el protocolo sobre participación de niños en conflictos armados y el protocolo sobre venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía (ambos aprobados el año 2000), y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones (aprobado en el 2012). En aplicación de este último protocolo es que el Comité de Derechos del Niño -órgano creado por la propia CDN para examinar los progresos realizados por los Estados Partes en el cumplimiento de las obligaciones suscritas- visitó el país en enero del 2018, para conocer la situación de niños y niñas internados/as en recintos del Servicio Nacional de Menores en Santiago y Valparaíso, además de reunirse con diversas autoridades, el INDH, representantes de la sociedad civil y de asociaciones de trabajadores. Como producto de esta visita el Comité elaboró un Informe el 1 de junio de 2018 (CRC/C/CHL/INQ/I), que diagnostica violaciones graves y sistemáticas de los derechos de niños y niñas en el sistema residencial de SENAME y sus organismos colaboradores, y propone una serie de medidas, entre ellas el cierre del CREAD Playa Ancha.

Además, entre el 2001 y el 2017 el Comité de los Derechos del Niño ha dictado 21 Observaciones Generales que explican y profundizan distintos aspectos de la condición jurídica de la infancia, incluyendo una Observación elaborada conjuntamente con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW). A través de estas Observaciones Generales se ha podido ir especificando el alcance de las obligaciones estatales en materias tan diversas y esenciales como, entre otras, el derecho a la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN (Observación N° 4); la realización de los derechos en la primera infancia (Observación N° 7); derechos de los niños con discapacidad (Observación N° 9); derechos en la justicia de menores (Observación N° 10); niños indígenas (Observación N° 11); derecho a ser escuchado (Observación N° 12); derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial (Observación N° 14); impacto del sector empresarial en los derechos del niño (Observación N° 16); efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (Observación N° 20), y niños en situación de calle (Observación N° 21).

De esta forma, el marco normativo internacional para la protección de los derechos de la infancia (es decir, los derechos de niños y niñas individualmente considerados, pero también de la infancia o niñez como un colectivo o estructura permanente de nuestras sociedades) se ha enriquecido y es ahora mucho más robusto que a fines del siglo XX.

Pese a ello, el fortalecimiento de los estándares internacionales de derechos humanos no necesariamente se ha plasmado a nivel de cada país en una adecuación interna de la normativa e institucionalidad a los contenidos de la CDN y otros instrumentos relacionados. En cada país subsisten, junto con leyes que se basan en la nueva consideración jurídica de la infancia, otras normas, instituciones y tradiciones culturales que siguen estando ancladas en el adultocentrismo y en formas tradicionales y autoritarias de comprender el rol y el espacio de niños y niñas en la sociedad. En este complejo entramado de representaciones en constante redefinición y tensión, la idea de la infancia como un sujeto de derechos individual y colectivo es una perspectiva que se ha logrado instalar de a poco, y que para concretarse requiere del despliegue de constantes esfuerzos, en una perspectiva de largo plazo.

Si bien a nivel interno la labor de adecuación de la normativa nacional a los principios, obligaciones y estándares contenidos en la CDN ha sido incompleta, en el sistema regional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ido realizando una labor permanente de incorporación de dichos contenidos en el razonamiento judicial, integrándolos armónica y dinámicamente en el análisis de las obligaciones que a la luz del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tienen los Estados de la región. El artículo 19 de la Convención Americana, aprobada en 1969, es su única disposición

relativa a los derechos del niño. Lo que en ella se señala es bastante conciso: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Sin embargo, a partir de la sentencia de fondo del caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999), la Corte sienta las bases de lo que denomina como doctrina del *corpus iuris*, al señalar en el párrafo 194 que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

Posteriormente la Corte tuvo ocasión de desarrollar en mayor detalle esta doctrina del *corpus iuris* en la Opinión Consultiva 17/2002 sobre “Condición jurídica y derechos humanos de la infancia”. En ese instrumento, elaborado a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte recuerda, citando opiniones previas, que ya ha dado por establecido que dicho tribunal “podría ‘abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano’, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección” (párrafo 22).

A continuación se refiere al caso “Niños de la calle”, señalando que “[e]n aquel caso, el Tribunal destacó la existencia de un ‘muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños’(del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer ‘el contenido y los alcances’ de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las ‘medidas de protección’ a las que se hace referencia en el mencionado precepto” (párrafo 24).

Más recientemente, la Corte IDH tuvo ocasión de desarrollar en mayor detalle la doctrina del *corpus iuris* en relación a situaciones que implican un alto nivel de vulnerabilidad de la infancia, al aprobar la Opinión Consultiva 21/2014 sobre derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Tras destacar que el artículo 19 de la Convención Americana es prácticamente la única norma de dicho tratado que “consagra una obligación no solo para el Estado, sino también para la sociedad y la familia” (párrafo 67), la Corte señala que “al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta

en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos” (párrafo 68).

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

En cuanto al principio del interés superior del niño, la Corte en su Opinión Consultiva 21 recuerda que éste “implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño”, y entiende que en el contexto de la migración “cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado”. Además, “en estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta” (párrafo 70).

Para esta publicación hemos revisado en la base de datos de la Corte IDH el conjunto de sentencias que a contar de 1999 este tribunal ha ido dictando, seleccionando aquellas en las que se hace aplicación de la doctrina del *corpus iuris*.

En esta revisión nos encontramos con casos como el ya referido Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, en que la Corte declara violaciones directas del artículo 19, y con otros en que, siguiendo el modelo de la sentencia del caso Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” vs. Paraguay (del 2004), se usa el artículo 19 para precisar el alcance de violaciones a otros derechos de la Convención Americana cuando las víctimas son niños o niñas.

En ambas modalidades es posible apreciar como la Corte, en ejercicio de su función contenciosa, va utilizando el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales para precisar el alcance de las vulneraciones de derechos, las obligaciones estatales derivadas del deber de dar protección a la infancia, y el alcance de las obligaciones de reparación y la garantía de no repetición de hechos lesivos. Progresivamente la Corte ha ido incorporando en su razonamiento no sólo otros tratados internacionales sino que también fuentes consideradas en principio no vinculantes, como las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Por esta vía, el llamado “derecho blando” adquiere mayor fuerza, toda vez que es incorporado a la jurisprudencia de la Corte IDH, posibilitando así su uso como estándar al invocarlo a nivel interno.

En relación a cada sentencia seleccionada hemos tomado los párrafos en que la Corte realiza su razonamiento jurídico, sea en base al artículo 19 de la Convención Americana y/o la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otros instrumentos relacionados. Las sentencias se presentan en orden cronológico, abarcando desde el año 1999 hasta una sentencia dictada en marzo del 2018.

El camino de la implementación de la nueva consideración jurídica de la infancia que consagra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un camino fácil ni lineal. En la implementación del enfoque de derechos no sólo hay avances sino que también retrocesos. Pero hay objetivos y metas trazados desde el deber-ser que nos señala el Derecho, que nos asigna tareas precisas que hay que ir cumpliendo para poder transformar en un sentido positivo la posición real de niños y niñas en la sociedad.

Esperamos que este conjunto de sentencias sirvan como un valioso insumo en la tarea de hacer efectivos los derechos de niños y niñas en todos los niveles de su vinculación con la realidad social.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala

XI

VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 19 (Derechos del Niño)

178. La Comisión alegó en la demanda que Guatemala había violado el artículo 19 de la Convención Americana al omitir tomar medidas adecuadas de prevención y protección en favor de Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años, Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años, y Anstraum Aman Villagrán Morales, también de 17 años de edad.

179. La Comisión sostuvo que los delitos cometidos contra dichos menores “constituye[n] un ejemplo de las graves violaciones de derechos humanos de que fueron objeto niños de la calle guatemaltecos en el período de tiempo de que se trata en la denuncia de este caso”.

180. A lo anteriormente expuesto se suma, en opinión de la Comisión, el “grave riesgo para el desarrollo e inclusive para la vida [...] mism[a]” a que se ven expuestos los “niños de la calle” por su abandono y marginación por la sociedad, situación que “se ve agravada en algunos casos por la exterminación y la tortura de que son objeto menores por escuadrones de la muerte y por la Policía misma”.

181. Estimó, en particular, la Comisión, que el Estado omitió tomar medidas destinadas a “salvaguardar la formación y la vida de las víctimas”, a investigar y poner fin a los abusos, a castigar a los responsables, y a “capacitar e imponer adecuadas medidas disciplinarias y sanciones a sus agentes”. Todo ello a pesar de tener conocimiento, a partir de informes presentados al Estado por parte de varios organismos internacionales y de denuncias realizadas por organizaciones no gubernamentales, de que los “niños de la calle” eran objeto de actos de violencia, especialmente por parte de miembros de la policía.

182. En la contestación de demanda, el Estado guardó silencio sobre este punto (*supra*, párrs. 67 y 68).

183. En sus alegatos finales, la Comisión señaló que Guatemala firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante “Convención sobre los Derechos del Niño”) el 26 de enero de 1990 y depositó el respectivo instrumento de ratificación el 9 de junio de 1990³² -esta Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990³²-. En 1995, durante el desarrollo de las audiencias ante el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión creado por dicha Convención, Guatemala presentó un informe en el que manifestó que “podría sólo informar de la situación [de los “niños de la calle”] desde 1994” y agregó que “aunque el número de quejas relativas a brutalidades policiales sufridas por los niños de la calle ha[bía] disminuido, el problema no ha[bía] sido resuelto y el aparato policial no ha[bía] sido completamente reestructurado”. Además, expresó que existía en ese país “una cultura violenta y ‘que la policía no recibía entrenamiento para tratar a estos niños’”. Por último, el Estado “reconoció que en los primeros tres meses de 1996, 84 niños habían sido asesinados y que de acuerdo a la información disponible había sólo siete [condenas]”. La Comisión aseveró que esta declaración constituyó un acto unilateral de reconocimiento de hechos que generan responsabilidad internacional.

184. La Comisión describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía. Además afirmó que, como el Estado se abstuvo de tomar medidas de investigación efectivas y perseguir y castigar a los responsables, exacerbó el riesgo de violaciones de derechos en perjuicio de los “niños de la calle” en general y de las víctimas de este caso en particular.

185. La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño.

32. En relación a este punto, la Comisión explicó que, anteriormente al momento de los hechos, Guatemala había expresado su consentimiento a obligarse a respetar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y que, consecuentemente, de conformidad con el art. 18.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que un Estado está obligado a no realizar actos que pudieran ir en contra el objeto y el propósito del tratado que ha firmado, Guatemala estaba obligada a respetar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño en el mes de junio de 1990.

186. El Estado no se pronunció sobre el tema en los alegatos finales (*supra*, párrs. 67 y 68).

187. El artículo 19 de la Convención establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

188. El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrraum Villagrán Morales, tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial “niños de la calle”, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo.

189. La Corte también ha reconocido como hecho público y notorio, en esta misma sentencia, que para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle”, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios (*supra*, párrs. 59.c y 79).

190. La Corte, al considerar los diversos informes sobre la problemática de los “niños de la calle” en Guatemala, y las características y circunstancias del presente caso, estima que los hechos que culminaron con la muerte de los menores Caal Sandoval, Juárez Cifuentes y Villagrán Morales se vinculan con el patrón de violencia contra “niños de la calle” en Guatemala, vigente en el período en que ocurrieron esos hechos.

191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y

armonioso desarrollo de su personalidad"³³, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.

192. Esta Corte ha dicho que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)"³⁴. De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que

a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración³⁵.

193. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que

[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado 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.³⁶

194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

33 *Convención sobre los Derechos del Niño*, Preámbulo, párr. 6.

34. *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. 113.

35. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

36. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular*, *supra* nota 34, párr. 114.

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcritas a continuación:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

[...]

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior

interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

[...]

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

[...]

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones.

197. Existen en el expediente referencias documentales al hecho de que uno de los tres niños de los que trata el presente caso, Jovito Josué Juárez Cifuentes, estaba registrado en “archivos delincuenciales” del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito³⁷ y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”³⁸. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices.

198. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los menores Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraum Aman Villagrán Morales.

37. Cfr. *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr.

38. Cfr. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)*. Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios, párr. 26.1

2. Caso Bulacio v. Argentina

IX OBLIGACIÓN DE REPARAR

70. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial), en conjunción con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), en perjuicio de Walter David Bulacio, y por la violación de los mismos artículos 8 y 25 en perjuicio de los familiares del joven Walter David Bulacio, todos ellos en relación con el artículo 1.1 y

2 de la Convención Americana (supra 38). Este Tribunal ha reiterado, en su jurisprudencia constante, que es un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya causado un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado⁴⁷. A tal efecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual,

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (subrayado no es del original).

47. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 147; *Caso "Cinco Pensionistas"*, supra nota 4, párr. 173; *Caso Cantos*, supra nota 6, párr. 66; *Caso del Caracazo*, *Reparaciones*, supra nota 5, párr. 76; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 202; *Caso Trujillo Oroza*, *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 60; *Caso Bámaca Velásquez*, *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 38; *Caso Cantoral Benavides*, *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 40; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 4, párr. 163; *Caso Cesti Hurtado*, *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 32; *Caso de los "Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y otros*), *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 59; *Caso de la "Panel Blanca"* (*Paniagua Morales y otros*), *Reparaciones*, supra nota 30, párr. 78; *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 30, párr. 177; *Caso Baena Ricardo y otros*, supra nota 28, párr. 201; *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 30, párr. 118; *Caso Suárez Rosero*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 40; *Caso Castillo Páez*, *Reparaciones*, supra nota 26, párr. 50; *Caso Loayza Tamayo*, *Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 84; *Caso Garrido y Baigorria*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 40; *Caso Caballero Delgado y Santana*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15; *Caso Neira Alegría y Otros*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 36; y *Caso El Amparo*, *Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14.

(...)

B) *Garantía de no repetición de los hechos lesivos*

122. De conformidad con lo solicitado por las partes, particularmente en la cláusula segunda del acuerdo suscrito por ellas, este Tribunal hará algunas consideraciones relacionadas con las condiciones de detención de los niños y, en particular, acerca de la privación de la libertad a los niños.

123. Procede mencionar que:

[...]

EL GOBIERNO, LA COMISIÓN Y LA REPRESENTANTE DE LA FAMILIA, solicita[ron] a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga a bien pronunciarse sobre las cuestiones de derecho discutidas en el caso, en lo correspondiente a la aplicación del Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el marco de lo establecido por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 17.

[...]

124. Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de “garantizar su seguridad y mantener el orden público”⁷⁷. Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho⁷⁸.

125. En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al analizar el artículo 7 de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad:

77. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 86; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 5, párr. 101; y *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 30, párr. 174; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 30, párr. 69. Vid., en un sentido parecido, *Caso del Caracazo*, *supra* nota 3, párr. 127.

78. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 86; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 5, párr. 101; y *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 30, párr. 174. En igual sentido, cfr., *Eur. Court H.R., Ribitsch v. Austria*. Judgment of 4 December 1995, Series A No. 336, para. 38; and *Eur. Court H.R., Tomasi v. France*. Judgment of 27 August 1992, Series A No. 214-A, para. 115.

nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)⁷⁹.

126. Quien sea detenido “tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”⁸⁰. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél⁸¹, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad.

127. La vulnerabilidad del detenido se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria. Entonces la persona se encuentra en completa indefensión, de la que surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos, como son los correspondientes a la integridad física y al trato digno⁸². El Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba condiciones físicas normales cuando se inició su custodia⁸³ y durante ésta o al término de la misma empeoró. Asimismo, es el Estado “el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier recurso [a favor del detenido] pueda” tener resultados efectivos⁸⁴. Este Tribunal ha destacado que la incomunicación del detenido debe ser excepcional, porque causa a éste sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, ya que lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el

79. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 78; *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 30, párr. 139; y *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 30, párr. 85.

80. Cfr., *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 30, párr. 87; *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 30, párr. 78; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 30, párr. 195.

81. Cfr. *Eur. Court HR, Iwanczuk v. Poland* (App. 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 53.

82. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 96; *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 30, párr. 150; y *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 30, párr. 90.

83. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 100. En igual sentido, cfr., *Eur. Court HR, Salman v. Turkey* judgment of 27 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, párr. 98; *Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey* judgment of 13 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000- VI, párr. 82; *Eur. Court HR, Selmouni v. France* judgment of 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, párr. 87; *Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria*, supra nota 78, párr. 34; and *Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France*, supra nota 78, párrs. 108-110.

84. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 85; *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 30, párr. 194; y *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*, supra nota 30, párr. 167.

riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles⁸⁵, y porque pone en peligro la puntual observancia del debido proceso legal.

128. Asimismo, el detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando ésta se produce, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”⁸⁶ y además contribuye, en el caso de un menor a mitigar el impacto de la detención en la medida de lo posible.

129. Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. “[U]n individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”⁸⁷.

130. Por otra parte, el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”⁸⁸. La notificación sobre

85. Cfr., *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 30, párr. 150; *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 30, párr. 82; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 69, párr. 164.

86. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 82.

87. Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 84; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 30, párr. 108. En igual sentido, Cfr., *Eur. Court H. R., Brogan and Others v. The United Kingdom*, *decision of 23 March 1988, Series A no. 145-B*, paras. 58-59, 61-62.

88. 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. 86.

el derecho a establecer contacto con un familiar; un abogado y/o información consular; debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado⁸⁹, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación⁹⁰. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél⁹¹, como acto inherente a su derecho de defensa.

131. Los detenidos deben contar con revisión y atención médica preferentemente a cargo de un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal. Los resultados de cualquier examen médico que ordenen las autoridades -y que no debe ser practicado en presencia de las autoridades policiales- deben ser entregados al juez, al detenido y a su abogado, o bien, a éste y a quien ejerza la custodia o representación del menor conforme a la ley⁹². La Corte ha señalado que la atención médica deficiente de un detenido es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana⁹³.

132. Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos⁹⁴, que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones⁹⁵.

Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido

89. *Cfr.*, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 88, párr. 106.

90. *Cfr.*, Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture. 2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to December 1991, paras. 36-43.

91. *Cfr.*, *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 30, párrs. 127 y 128; y Castillo Petrucci y otros, *supra* nota 30, párr. 139, 141 y 142.

92. *Cfr.*, Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], paras. 37-41.

93. *Cfr.*, *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 30, párrs. 85 y 106. En igual sentido, *cfr.*, Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], paras. 33-34.

94. *Cfr.*, Eur. Court HR, *Dougoz v. Greece* Judgment of 6 March 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-II, párrs. 46 and 48. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], paras. 33-34.

95. *Cfr.*, *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 189; y *Caso de la "Panel Blanca"* (Paniagua Morales y otros), *Reparaciones*, *supra* nota 30, párr. 203.

debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención.

133. Walter David Bulacio tenía 17 años cuando fue detenido por la Policía Federal Argentina. La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17 que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”⁹⁶. En este sentido, la Corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.

134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que 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”⁹⁷.

135. En este sentido, se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado esta Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, debe ser excepcional y por el período más breve posible⁹⁸.

136. Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido⁹⁹. Finalmente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aún cuando éste no lo haya solicitado¹⁰⁰.

96. Cfr., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 4, párr. 42.

97. Cfr., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 4, párr. 56.

98. Cfr., Artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985).

99. Cfr., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 4, párr. 78.

100. Cfr., Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, 9th General Report [CPT/Inf (99) 12], para. 21.

137. La Corte considera probado que en la época de los hechos se llevaban a cabo en la Argentina prácticas policiales que incluían las denominadas *razzias*, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. El *Memorandum* 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos (*supra* 69.A.1). Las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener -salvo en hipótesis de flagrancia- y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.

138. El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. Como lo señalara este Tribunal anteriormente (*supra* 110-121) y para efectos del caso concreto, si Walter David Bulacio fue detenido en buen estado de salud y posteriormente, murió, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos¹⁰¹. Efectivamente, en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido¹⁰².

101. *Cfr.*, *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 100. En igual sentido, *cfr.*, *Eur. Court HR, Salman v. Turkey*, *supra* nota 83, para. 98; *Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey*, *supra* nota 83, para. 82; *Eur. Court HR, Selmouni v. France*, *supra* nota 83, para. 87; *Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria*, *supra* nota 78, para. 34; and *Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France*, *supra* nota 78, paras. 108-110.

102 *Cfr.*, *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 4, párr. 111; *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 30, párr. 65; y *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 30, párr. 55. En este mismo sentido la Corte Europea ha formulado una extensa jurisprudencia: *Eur. Court HR, Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, para. 61; *Eur. Court HR, Salman v. Turkey*, *supra* nota 83, para. 98; *Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey*, *supra* nota 83, para. 82; *Eur. Court HR, Selmouni v. France*, *supra* nota 83, para. 87; *Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria*, *supra* nota 78, para. 34; y and *Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France*, *supra* nota 78, paras. 108-111

3. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú

XIII DERECHOS DEL NIÑO ARTÍCULO 19 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.I

Alegatos de la Comisión

157. La Comisión alegó que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.I de dicho tratado, el cual establece que todo niño tiene derecho a medidas especiales de protección, en perjuicio de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, en razón de que:

- a) el respeto a los derechos del niño implica reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones; y
- b) el Perú, en vez de brindar dicha protección a los hermanos Gómez Paquiyauri, les dio muerte a través de sus agentes policiales.

Alegatos de la representante de las presuntas víctimas y sus familiares

158. La representante de las presuntas víctimas y sus familiares consideró que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana en perjuicio de Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, en razón de que:

- a) el niño requiere de especial protección y cuidado, debido a su inmadurez física y psíquica, incluyendo protección legal adecuada, especialmente en el contexto de un conflicto armado;
- b) además de haber violado los derechos fundamentales de los hermanos Gómez Paquiyauri, propios de cualquier ser humano, el Estado falló en brindarles la protección adicional que merecían en su condición de menores;
- c) en el caso del Perú, el Comité de Derechos del Niño ya había expresado su preocupación por la violencia hacia los niños por parte de las fuerzas de seguridad y de la policía;
- d) el Estado tenía el deber de poner especial cuidado en las medidas de protección para la niñez al tiempo de los hechos, más aun en el contexto del “conflicto armado interno” que se desarrollaba. En ese sentido, el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño requiere medidas especiales de protección para los niños afectados por conflictos armados. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha indicado que el derecho internacional humanitario relevante incluye la Convención de Ginebra y los

Dos Protocolos Adicionales; y

e) el Estado peruano, además, incumplió el deber de instruir a sus oficiales de policía sobre las obligaciones y cuidados especiales que deben adoptar con respecto a su trato con los menores.

Alegatos del Estado

159. En relación con la disposición contenida en el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado manifestó que “en el caso concreto[,] los agentes del Estado en vez de velar y proteger los derechos de los hermanos Gómez Paquiyauri, han violado sus derechos fundamentales”.

Consideraciones de la Corte

160. El artículo 19 de la Convención Americana dispone que

[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

161. En relación con el mencionado artículo, el Estado señaló que “efectivamente [est[á] en la obligación de garantizar medidas de protección al menor y adolescente, en cuanto a salvaguardar sus derechos y libertades que se le garantiza por el s[ó]lo [hecho] de ser sujeto de derecho. Y que[,] por tanto[,] en el caso concreto los agentes del Estado en vez de velar y proteger los derechos de los hermanos Gómez Paquiyauri, han violado sus derechos fundamentales”.

162. Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú¹²². El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, “que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”¹²³.

122. La Corte ya ha establecido que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42; y *cfr.* *Caso Bulacio*, *supra* nota 6, párr. 133.

123. *Caso Bulacio*, *supra* nota 6, párr. 133; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 68, párr. 188.

163. En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que 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”¹²⁴.

164. El artículo 19 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” requeridas por su condición de niños. El concepto “medidas de protección” puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones. Esta Corte ha dicho que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”¹²⁵.

165. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección¹²⁶. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que

[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹²⁷.

166. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹²⁸.

167. La Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada de forma prácticamente universal, contiene diversas disposiciones que se refieren a las obligaciones

124. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 122, párr. 56; y *cfr. Caso Bulacio*, supra nota 6, párr. 134.

125. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra nota 82, párr. 113; y *cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 68, párr. 192.

127. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra nota 82, párr. 114; y *cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 68, párr. 193.

128. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 122, párr. 24; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 68, párr. 194.

del Estado en relación con los menores que se encuentren en supuestos fácticos similares a los que se examinan en este caso y pueden arrojar luz, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcritas a continuación:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[...];
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

168. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas, merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños.

169. Por otro lado, a la luz de estas disposiciones y en relación con la detención de menores, como lo ha señalado la Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, la misma debe ser excepcional y por el período más breve posible¹²⁹.

38

170. Asimismo, como la Corte lo analizó en el capítulo correspondiente a la violación del artículo 5 de la Convención y las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Tortura (*supra* párr. 117), el hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal.

171. Finalmente, como ya lo señaló la Corte en un capítulo anterior (*supra* párr. 124), la obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño; y se transforma en una obligación de “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”¹³⁰.

129. *Cfr. Caso Bulacio, supra* nota 6, párr. 135; En el mismo sentido, *cfr.* artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985).

130. *Cfr. Caso Bulacio, supra* nota 6, párr. 138.

172. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyaury en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones, de conformidad con lo expuesto en los capítulos precedentes (*supra* párrs. 100, 117, 133 y 156).

173. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a medidas especiales de protección para los menores consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyaury.

VIII

**VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 19 Y I.1 DE LA MISMA
(DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL)**

147. La Corte llama la atención que en el presente caso un significativo número de las violaciones alegadas tienen como presuntas víctimas a niños, quienes, al igual que los adultos, “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”¹⁵⁰. Así lo establece, por lo demás, el artículo 19 de la Convención Americana que dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial¹⁵¹.

148. Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar¹⁵².

149. En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que

150. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

151. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párr. 54; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 26, párr. 164.

152. *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 26, párr. 166; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194; y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párr. 24.

las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.

150. De este modo, la Corte no se pronunciará **en este caso** sobre la violación aislada del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluirá su decisión al respecto en los capítulos correspondientes a los demás derechos cuya violación ha sido alegada.

(...)

160. En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño¹⁶⁴. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión (*supra* párr. 159).

161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹⁶⁵. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹⁶⁶. En este sentido, las

164. Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 26, párrs. 124, 163-164, y 171; *Caso Bulacio*, *supra* nota 56, párrs. 126 y 134; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 152, párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párrs. 56 y 60.

165. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

166. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párrs. 80-81, 84, y 86-88; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 152, párr. 196; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁶⁷ establecen que:

13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

162. En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos¹⁶⁸.

163. En consonancia con lo dicho anteriormente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que:

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – social, educacional, profesional, psicológica, médica y física – que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano¹⁶⁹.

(...)

172. El Tribunal debe establecer ahora si el Estado cumplió, respecto de los niños, con las obligaciones adicionales que emergen de los artículos 4, 5 y 19 de la Convención Americana, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la especial protección que éstos requieren, entre las cuales se encuentran la disposición del artículo 5.5 de la Convención Americana que obliga a los Estados a mantener a los niños privados de libertad separados de los adultos y, como se dijo anteriormente (*supra* párr. 161), la especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación, derivadas de una correcta interpretación del artículo 4 de la Convención, a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Paraguay ratificó el 3 de junio de 1997 y que entró en vigencia internacional el 16 de noviembre de 1999. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los

167. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

168. *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 26, párr. 170.

169. Regla 26.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida.

173. Ha quedado demostrado en este caso (*supra* párr. 134.6 y 134.7), que los niños internos en el Instituto no tuvieron siquiera la atención de salud adecuada que se exige para toda persona privada de libertad y, por lo tanto, tampoco la supervisión médica regular que asegure a los niños un desarrollo normal, esencial para su futuro.

174. Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados (*supra* párr. 134.12). Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida.

175. En cuanto al cumplimiento de la disposición del artículo 5.5 de la Convención, ha quedado establecido (*supra* párr. 134.16) que en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con éstos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad.

176. A la luz del escrito de contestación de la demanda, en donde el Estado se allanó respecto de su responsabilidad en relación con “las condiciones de detención incompatibles con la dignidad personal”; y de lo anteriormente expuesto en este capítulo, puede concluirse que el Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado - adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna a todos los internos y tomar las medidas especiales que se requerían para los niños. Más aun, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención. Estas violaciones

fueron cometidas en perjuicio de todos los internos del Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, quienes figuran en la lista presentada por la Comisión el 19 de noviembre de 2002 (*supra* párr. 36), la cual se anexa a la presente Sentencia.

177. Ahora bien, la Corte observa que el Estado, además de no crear las condiciones y tomar las medidas necesarias para que los internos del Instituto tuvieran y desarrollaran una vida digna mientras se encontraban privados de libertad y además de no cumplir con sus obligaciones complementarias respecto de los niños, mantuvo al Instituto en condiciones tales que permitió que se produjeran los incendios y que éstos tuvieran terribles consecuencias para los internos, a pesar de las diversas advertencias y recomendaciones dadas por organismos internacionales y no gubernamentales respecto del peligro que esas condiciones entrañaban. Como resultado de estos sucesos, perdieron la vida los internos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo y Carlos Raúl de la Cruz (*supra* párr. 134.29).

178. En este sentido, de los hechos probados (*supra* párr. 134.32) se advierte que el Estado no había tomado las prevenciones suficientes para enfrentar la posibilidad de un incendio en el Instituto, ya que éste originalmente no fue pensado como un centro de reclusión y, por consiguiente, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza. Por ejemplo, no contaba con alarmas ni extintores de incendio y los guardias no tenían preparación para enfrentar situaciones de emergencia. Valga recordar lo indicado por la Corte en el sentido de que el Estado, en su función de garante, "debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas"¹⁷³ que podrían poner en peligro los derechos fundamentales de los internos en su custodia.

179. En atención a lo anterior, la Corte concluye que la falta de prevención del Estado, que llevó a la muerte a varios de los internos -y que fue, si no para todos, para muchos de ellos particularmente traumática y dolorosa, ya que la pérdida de la vida se produjo por asfixia o por quemaduras, prolongándose la agonía para algunos por varios días- equivale a una negligencia grave que lo hace responsable de la violación del artículo 4.I de la Convención Americana, en relación con el artículo I.I de la misma, y respecto de los niños, leído también a la luz del artículo 19 de la misma Convención, en perjuicio de los internos mencionados.

173. *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, *supra* nota 54, considerando decimotercero.

180. La Corte desea hacer especial referencia a tres niños¹⁷⁴ que fallecieron en los centros penitenciarios por causas diversas a los incendios y respecto de quienes se alegó que el Estado es responsable por la violación de su derecho a la vida:

a) en relación con las muertes de Richard Daniel Martínez y Héctor Ramón Vázquez

181. El 10 de septiembre de 2001 Richard Daniel Martínez, de 18 años de edad, falleció por herida de arma blanca en el pabellón de menores de la Penitenciaría Regional de Emboscada para adultos (*supra* párr. 134.46). El 14 de marzo de 2002 Héctor Ramón Vázquez, de 17 años de edad, fue herido por arma blanca en la misma cárcel y murió el 15 de marzo de 2002 (*supra* párr. 134.47). Ambos internos fallecidos habían sido trasladados del Instituto, después de su cierre, a la referida penitenciaría de Emboscada (*supra* párr. 134.47).

182. Al respecto, el Estado alegó que no ha violado el derecho a la vida de estos dos niños, ya que ambos fallecieron en peleas entre internos en el Pabellón de Menores de Emboscada debido a heridas producidas por armas de fabricación casera. Asimismo, el Estado agregó que les prestó atención inmediata e hizo todo lo posible para salvar sus vidas.

183. Esta Corte considera que las observaciones realizadas respecto de las condiciones permanentes de detención en que se encontraban los internos (*supra* párr. 134.3 a 134.24), que creaban el clima necesario para que se produjeran actos de violencia, y lo señalado respecto de los internos fallecidos a causa de los incendios (*supra* párrs. 177 a 179), se deben aplicar a lo sucedido con Richard Daniel Martínez y a Héctor Ramón Vázquez.

184. Como se destacó anteriormente, este Tribunal considera que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los internos localizados en establecimientos de detención (*supra* párr. 151). Por tanto, independientemente de que ningún agente estatal fue aparentemente el responsable directo de las muertes de los dos niños en la penitenciaría de Emboscada, el Estado tenía el deber de crear las condiciones necesarias para evitar al máximo riñas entre los internos, lo que el Estado no hizo, por lo cual incurrió en responsabilidad internacional por la privación de la vida de los niños Richard Daniel Martínez y Héctor Ramón Vázquez, configurándose de este modo una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma.

b) en relación con la muerte de Benito Augusto Adorno

174.La legislación interna vigente hasta ese entonces establecía la mayoría de edad a los 20 años (*supra* nota 149).

185. De acuerdo con lo señalado en el escrito de contestación de la demanda, y reiterado en sus alegatos finales orales y escritos, el Estado se allanó a la pretensión de que se declare violado el artículo 4 de la Convención respecto de la muerte de Benito Augusto Adorno, interno que resultó herido el 25 de julio de 2001 por un disparo de un funcionario del Instituto y, posteriormente, falleció el 6 de agosto de 2001 (*supra* párr. 134.35).

186. Por tanto, la Corte concluye que el Estado es responsable de la privación de la vida del niño Benito Augusto Adorno, configurándose de este modo una violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma.

187. La Corte observa que las mismas consideraciones ya efectuadas para los internos que fueron privados del derecho a la vida (*supra* párrs. 177 a 179), pueden reiterarse para aquéllos que resultaron heridos en los incendios, todos ellos niños, a saber: Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Angel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cándido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo y Rolando Benítez. La responsabilidad del Estado se funda, por lo tanto, en su negligencia grave al omitir realizar siquiera mínimas acciones de prevención frente a la posibilidad de que se produjera un incendio.

188. Los heridos en los incendios que lograron sobrevivir experimentaron un intenso sufrimiento moral y físico y, además, algunos de ellos siguen padeciendo secuelas corporales y/o psicológicas (*supra* párr. 134.48). Las quemaduras, heridas e intoxicaciones de humo que sufrieron los niños más arriba individualizados a causa de dichos siniestros, ocurridos bajo la custodia y supuesta protección del Estado, y las secuelas de las mismas, constituyen tratos en violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de las personas ya señaladas (*supra* párrs. 177 y 187).

(...)

190. Por todas las razones anteriormente expuestas, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y también en relación con el artículo 19 de ésta cuando se trate de niños, en perjuicio de los internos fallecidos; los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y también en relación con el artículo 19 de ésta cuando se trate de niños, en perjuicio de todos los internos del Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001; y los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de los niños heridos a causa de los incendios.

(...)

Consideraciones de la Corte

201. Dadas las particularidades propias del presente caso, la Corte considera pertinente analizar de manera conjunta los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma. En este sentido, el Tribunal procederá a definir las obligaciones del Estado establecidas por el artículo 2 de la Convención, y luego las analizará en el contexto de las garantías judiciales previstas en la Convención para los niños en conflicto con la ley.

207. En el presente caso las representantes alegaron el incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana, con base en que, *inter alia*: a) la legislación interna relevante no establecía la subsidiariedad y excepcionalidad de la medida cautelar de privación de libertad; b) existe un patrón de abusos de violaciones a los derechos de los niños que origina el deber estatal de adoptar las medidas adecuadas para su protección; y c) la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que implica que el Estado, en la realidad, asegure la existencia de una garantía eficaz del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

208. En el Paraguay, el Código del Menor de 1981 sometía a todos los niños a partir de los 14 años a la jurisdicción penal común. Al respecto, el mismo Estado señaló que “antes de 1998 no existía un procedimiento penal garantista, con un procedimiento penal para menores y mucho menos un [código de la niñez] adecuado a las normas internacionales que rigen la materia”. Por otro lado, la Corte destaca que, si bien el nuevo Código Procesal Penal promulgado en 1998 establece el Procedimiento para Menores, dichas regulaciones no prevén una jurisdicción especializada para niños infractores. No se estableció, entonces, un foro específico en el Paraguay para niños en conflicto con la ley hasta la Acordada N° 214

del 18 de mayo de 2001, la cual reglamenta las funciones de los Juzgados de Liquidación de Menores (*supra* párr. 134.57), ni tampoco se estableció un procedimiento especial adecuado para examinar a los niños en conflicto con la ley.

209. Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño¹⁸⁰. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías¹⁸¹.

210. Este Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal¹⁸². En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes"¹⁸³.

211. A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales¹⁸⁴; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios

180. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párr. 95

181. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párr. 98.

182. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 150, párr. 109.

183. Artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

184. Cfr. artículo 40.3.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

y en las distintas fases de la administración de justicia de niños¹⁸⁵; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales¹⁸⁶.

212. Dichos elementos, los cuales procuran reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal, no se encontraban en la legislación pertinente del Paraguay hasta, por lo menos, el año 2001.

213. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley hasta el 2001, ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la Convención, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, respecto de los niños que estuvieron internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.

(...)

215. En el caso *sub judice* la Corte observa que tanto la Comisión como las representantes han alegado la existencia de patrones o prácticas sistemáticas que violaron el artículo 8 de la Convención Americana en perjuicio de todos los internos que estuvieron en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.

En este sentido, la Comisión sostuvo que dicha práctica implicó, *inter alia*, que los internos no fueran oídos en juicio dentro de un plazo razonable, pues permanecieron por largos períodos de tiempo en prisión preventiva. Por su parte, las representantes manifestaron que existió una práctica sistemática contraria a las normas internacionales de protección de la niñez, en la cual, hubo, *inter alia*, a) retardo injustificado en la resolución de los procesos; b) deficiencias en la asistencia legal de los niños; y c) falta de investigación de los responsables del mantenimiento de las condiciones de detención en el Instituto. En razón de ello, la Comisión y las representantes consideran que recae en el Estado la carga de la prueba respecto de estas supuestas prácticas violatorias del artículo 8 de la Convención; es decir,

185. *Cfr.* Regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

186. *Cfr.* Regla 6.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985; y Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que corresponde al Paraguay probar casos particulares donde no ocurrieron violaciones a las garantías judiciales de los internos del Instituto.

216. Este Tribunal considera que han quedado establecidos (*supra* párr. 134.18 a 134.24) hechos generales relacionados con ciertas garantías judiciales de los internos del Instituto, tales como la lentitud de los procesos y las deficiencias en la asistencia legal brindada a éstos. No obstante esto, para que la Corte pueda determinar la existencia o inexistencia de una violación de las garantías judiciales específicas del artículo 8.2 de la Convención, es indispensable que la Comisión y/o el representante de la presunta víctima, le proporcionen la información necesaria para que el Estado pueda demostrar ante este Tribunal que ha cumplido con las obligaciones que emergen de la disposición señalada. Esto no ha sucedido en este caso.

217. Aunque la Corte frecuentemente ha utilizado la existencia de patrones o prácticas de conductas como un medio probatorio para determinar violaciones de derechos humanos, siempre lo ha hecho cuando ellos están acompañados de otras pruebas específicas. En el caso del artículo 8 de la Convención Americana se requiere una información individualizada de las presuntas víctimas y de las circunstancias de su tratamiento ante los tribunales locales de la que la Corte carece.

218. En consecuencia, este Tribunal considera que se ha violado el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19, 2 y 1.1 de la misma, en perjuicio de los niños que estuvieron internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, pero que la Corte no tiene elementos para pronunciarse sobre si hubo o no violación del artículo 8.2 de la Convención respecto de presuntas víctimas específicas.

(...)

227. Tomando en cuenta las generalidades señaladas sobre el derecho en análisis, así como su especial protección cuando se trata de niños, a continuación se procede a analizar si, en las circunstancias del caso en particular, el Estado violó la libertad personal de cada una de las presuntas víctimas.

(...)

230. En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión

estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones¹⁹². La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción¹⁹³. Este precepto está regulado en diversos instrumentos y reglas internacionales¹⁹⁴.

231. Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque:

Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].

232. La Corte debe hacer presente que del acervo probatorio del presente caso es imposible dilucidar la manera como se habría violado el artículo 7 de la Convención respecto de cada una de las presuntas víctimas. Para los efectos de tomar una determinación sobre el citado artículo es preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo. Respecto del universo de internos del Instituto sobre quienes tanto la Comisión como las representantes solicitan que se declare violado el artículo 7 de la Convención por haberse aplicado la prisión preventiva de manera desmesurada, la Corte observa que algunos internos ya se encontraban condenados con sentencia firme y otros estaban en prisión preventiva por delitos graves como homicidio y violación. La misma Comisión, cuando analiza el referido artículo 7 en su Informe del artículo 50 de la Convención, indica que del total de internos detenidos en el Instituto, el 93.2% eran posibles sujetos de violación del derecho a la libertad personal, pero no todos. Este Tribunal nota que tampoco las representantes ni el Estado proporcionaron la información necesaria

192. Cfr. Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

193. *Supra* nota 192.

194. Cfr. Regla 13.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985; Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990; y Artículos 37 y 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

para poder hacer esta determinación. La Corte no puede dejar de expresar su profunda preocupación por la falta de vigilancia o cuidado del Estado respecto de la prisión preventiva de niños que se advierte de los hechos probados en este caso.

IX
VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 19, 20, 24, 3 Y 18 DE LA
CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN CON EL
ARTÍCULO I.1 DEL MISMO INSTRUMENTO

133. La Corte hace notar que al momento en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte Dilcia Yean y Violeta Bosico, eran niñas⁸⁴, quienes en esta condición tenían derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y exigen una protección especial que es debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario⁸⁵.

134. Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños⁸⁶. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁸⁷. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable⁸⁸.

135. En consideración de lo señalado en los párrafos anteriores, la Corte no se pronunciará sobre la presunta violación aislada del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluirá su decisión al respecto junto al análisis de los demás artículos pertinentes a este caso.

165. Se debe hacer notar que la edad es el criterio legal utilizado en la República

84. La Corte hace notar que al momento de dictarse la presente Sentencia, Dilcia Yean tiene de 9 años edad y Violeta Bosico tiene 20 años de edad; sin embargo, dado que el 25 de marzo de 1999 Dilcia y Violeta tenían, respectivamente, 2 y 14 años de edad, la Corte se referirá a las presuntas víctimas como niñas, *cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr: 42.

85. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párrs. 53, 54 y 60, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr: 164.

86. *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 64 párr: 146; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 85, párr: 162, y *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr: 133.

87. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párrs. 56, 57 y 60.

88. *Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, aprobada en el 20° período de sesiones, 1999, sobre la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*

Dominicana para diferenciar la aplicación de requisitos para la solicitud de inscripción tardía de nacimiento. Bajo la legislación aplicable, las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento. La aplicación a las presuntas víctimas de los requisitos que no les correspondían como menores de 13 años de edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada e indebida.

166. La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos¹⁰³.

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

168. Además, este Tribunal considera que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas (*supra* párr. 109.9).

169. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresó su preocupación “por la discriminación de los niños de origen haitiano nacidos en el territorio [de la República Dominicana] o hijos de familias haitianas migrantes, en especial [por] su limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud, y observ[ó], en particular, la falta de medidas específicas para resolver este problema”. El mismo Comité, específicamente en relación con la inscripción en el registro civil, señaló que le “preocupa en particular la situación de los niños de origen haitiano o de familias haitianas migrantes cuyo derecho a la inscripción en el registro civil ha sido denegado en el Estado [... y quienes, como] consecuencia de esta política, no han podido gozar plenamente de sus derechos, como el de acceso a la atención de la salud y la educación”¹⁰⁴.

103. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 84, párr. 56.

104. *Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.*

(...)

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

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

173. La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)¹⁰⁶.

174. La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo I.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

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

106. Cfr. *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 85, párr. 129, y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. No. 109, párr. 153.

176. El artículo 3 de la Convención Americana, así como otros instrumentos internacionales¹⁰⁷ consagran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que

toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes¹⁰⁸.

177. Respecto del ejercicio de la titularidad de los derechos humanos, la Corte ha señalado que

[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana¹⁰⁹.

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

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

180. En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica.

107. *Cfr.*, entre otros, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVII, y Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, artículo 5.

108. *Cfr. Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

109. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 84, párr. 41.

181. En lo que se refiere a la presunta violación del derecho al nombre establecido en el artículo 18 de la Convención Americana, es necesario indicar que aunque la Comisión Interamericana no lo alegó, la Corte ha establecido que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta¹¹⁰.

182. Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales¹¹¹.

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

184. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana.

185. Además de lo anterior, la Corte considera que la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica, para la niña Violeta Bosico también se reflejó en que se le impidió estudiar durante el período escolar 1998-1999 en la tanda diurna de la Escuela de Palavé. Precisamente por no contar con el acta de nacimiento, se vio forzada a estudiar durante ese período en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad,

110. Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 183; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 122, y *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, *supra* nota 106, párr. 125.

111. Cfr., entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artículo 6.1, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29. La Corte Europea afirmó que el derecho al nombre se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aunque este no esté específicamente mencionado, cfr. *Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A, n. 299-B, p. 60, párr. 37, y *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, párr. 24.

y no con personas adultas (*supra* párrs. 109.34, 109.35 y 109.36). Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.

186. La Corte observa que la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad.

187. De lo expuesto, esta Corte considera que la privación a las niñas de su nacionalidad tuvo como consecuencia que la República Dominicana violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre consagrados en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo I.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

XI
ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 4.1, 5.1, 22.1 Y 1.1 DE LA MISMA
(DERECHOS DEL NIÑO)

Alegatos de la Comisión

147. La Comisión Interamericana no alegó la violación del artículo 19 de la Convención Americana en la demanda. No obstante, en sus alegatos finales la Comisión señaló que “los hechos reconocidos por el Estado sustentan tanto su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4(1), 5(1) y (2) y 7 (1) y (2) de la Convención Americana en perjuicio de aproximadamente 49 víctimas fatales [...] como por la ausencia del debido esclarecimiento judicial de los hechos, la reparación de sus efectos y la consecuente violación de los artículos 8(1), 19, 22, 25 y en especial el 1(1), que aún hacen parte de la controversia.”

Alegatos de los representantes:

148. En relación con el artículo 19 de la Convención Americana los representantes señalaron que:

a) las medidas de protección que la condición de menor de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado deben ser garantizadas sin discriminación y deben emplearse con mayor eficiencia en casos en los que los niño/as se encuentran en una situación adicional de vulnerabilidad. Además, el alcance de dichas medidas de protección debe entenderse de manera integral y exige tanto obligaciones positivas como negativas por parte del Estado;

b) de acuerdo con la Convención Americana, así como con otros instrumentos internacionales, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para los niños y niñas en conflictos armados. En el presente caso no lo ha hecho, ya que se requería una protección especial a los menores de edad Hugo Fernando Martínez Contreras y Diego Armando Martínez Contreras. Al momento de los hechos eran doblemente vulnerables por su situación de niñez y porque se encontraban en un conflicto armado;

c) los agentes actuaron de manera deliberada al sustraer a los niños y al no haber realizado ninguna diligencia para retornar y reunificar a estos con su familia;

d) de los 19 familiares nombrados en este litigio, 9 eran menores cuando ocurrieron los hechos. El desarrollo de estos niños se vio gravemente afectado por su desplazamiento, al tener que dejar el estudio para empezar a trabajar o encargarse del cuidado de sus hermanos menores o al tener que separarse de la familia por el estudio, al aguantar hambre, al carecer de atención médica o una casa adecuada, entre otras situaciones, que constituyen violaciones de los derechos del niño. De acuerdo con la Convención, así como con otros instrumentos internacionales, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para los niños y niñas. Colombia incumplió este deber al no prevenir el desplazamiento, no proteger los/as niños/as durante el desplazamiento, no otorgar asistencia humanitaria adecuada, al no asegurar su retorno, reasentamiento o reintegración en condiciones dignas y seguras; y

e) hasta la fecha las víctimas viven con temor y en situaciones de extrema precariedad. Pese a los deberes que el Estado tiene frente este grupo de mujeres y niños, las familias no han logrado la dignidad y seguridad de que gozaron antes de la masacre y el desplazamiento.

Alegatos del Estado

149. El Estado no hizo referencia al artículo 19 de la Convención Americana.

Consideraciones de la Corte

150. El artículo 19 de la Convención Americana establece que

[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

151. Los representantes alegaron que el Estado había incurrido en violación del artículo 19 de la Convención, lo cual no forma parte del reconocimiento estatal. En el presente caso, los niños Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras fueron ejecutados en la masacre y otros la presenciaron. Además, muchos de los familiares de las víctimas desplazados eran niños y niñas al momento de los hechos y al sufrir las consecuencias del desplazamiento interno al que se vieron forzados.

152. El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes “tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos

de la familia, la sociedad y el Estado”²¹³. El artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial²¹⁴. En esta materia, rige el principio del interés superior de los mismos, que 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”²¹⁵.

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁶, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar²¹⁷. Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia²¹⁸. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que

El numeral 3° del artículo 4° del [Protocolo II] confiere un tratamiento privilegiado a los niños, con el fin de darles el cuidado y la ayuda que éstos necesitan, sobre todo en relación con la educación y la unidad familiar. Igualmente se señala que los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. La Corte considera que esa protección especial a los niños armoniza

213. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54. Asimismo, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 4, párr. 147.

214. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 4, párr. 147; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 182, párr. 164, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 213, párr. 54.

215. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 213, párr. 56, y *Caso Bulacio*, *supra* nota 193, párr. 134.

216. Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

217. Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 4, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 182, párr. 166; *Caso de “los Niños de la Calle.”* (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 190, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 213, párr. 24.

218. Cfr. Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

plenamente con la Constitución, puesto que no sólo ellos se encuentran en situación de debilidad manifiesta (CP art. 13) frente a los conflictos armados sino que, además, la Carta confiere prevalencia a los derechos de los niños (CP art. 44) [...] ²¹⁹.

154. Asimismo, los artículos 38 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponen:

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. [...]

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: [...] tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

155. La Corte considera necesario llamar la atención sobre las particulares consecuencias que la brutalidad con que fueron cometidos los hechos han tenido en los niños y las niñas en el presente caso, en el cual, *inter alia*, han sido víctimas de la violencia en situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, han sido desplazados y han visto violentada su integridad física y psicológica.

156. La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada. La Corte, citando la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, ha considerado que

219. Cfr. sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, emitida por Corte Constitucional, párr. 37.

[d]eben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, [...] los niños refugiados y desplazados, [y] los niños en situaciones de conflicto armado [...]²²⁰.

157. En el mismo sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha manifestado que “la población infantil colombiana padece con mayor rigor las consecuencias del conflicto armado interno”²²¹. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación debido a que “los efectos directos del conflicto armado [en Colombia] tienen consecuencias negativas muy importantes en el desarrollo de los niños y obstaculizan grandemente el ejercicio de muchos de los derechos de la mayoría [de éstos] en el Estado Parte”²²². En particular, el conflicto armado constituye una “amenaza [...] para la vida de los niños, incluidas las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas cometidas por [...] grupos paramilitares”²²³. Asimismo, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados ha considerado que los niños y las niñas que han sido expuestos a “violencia y matanzas, desplazamiento, violación o la pérdida de seres queridos llevan consigo las cicatrices del miedo y el odio”²²⁴.

158. La Corte observa que los hechos específicos del presente caso que han afectado a niños y niñas, evidencian su desprotección con anterioridad, durante y con posterioridad a la masacre.

159. En primer lugar, el Estado tenía pleno conocimiento de que la región donde se encuentra Mapiripán se caracterizaba por altos grados de violencia dentro del marco del conflicto armado interno (*supra* párr. 96.23), a pesar de lo cual omitió proteger a la población de Mapiripán, particularmente a sus niños y niñas.

160. Por otro lado, tal como fue establecido (*supra* párrs. 96.36 y 96.55), la violencia desatada durante la masacre de Mapiripán alcanzó con particular intensidad a los niños y las niñas de la población: muchos de ellos vieron cómo se llevaban a sus familiares -en

220. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 213, párr. 82.

221. *Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folio 3617).

222. *Cfr. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia*, 16/10/2000, CRC/C/15/Add.137, 25º periodo de sesiones, Comité de los Derechos del Niño, párr. 10.

223. *Cfr. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia*, 16/10/2000, *supra* nota 224, párr. 34.

224. *Cfr. Informe del Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados*. Doc. de la Asamblea General de Naciones Unidas A/54/430 de 1 de octubre de 1999, párr. 25.

su mayoría padres-, escucharon sus gritos de auxilio, vieron restos de cuerpos tirados, degollados o decapitados y, en ciertos casos, supieron lo que los paramilitares les habían hecho a sus familiares. Más aún, durante la masacre fueron ejecutados o desaparecidos los niños Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, de 16 y 15 años de edad respectivamente (*supra* párr. 96.40), y existen declaraciones de testigos de los hechos que refieren niños no identificados que habrían sido ejecutados, incluidos algunos de meses de nacidos (*supra* párrs. 75.1) y 96.52). Además, surge del expediente que los entonces niño y niñas Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras y Maryuri Caicedo Contreras fueron amenazados por los paramilitares al tratar de seguir o de buscar a sus familiares durante los días de la masacre. En ese sentido, Gustavo Caicedo Contreras, de 7 años de edad al momento de los hechos, manifestó que “a [los paramilitares] no les importaba si eran niños o bebés, se los llevaban por el sólo hecho de preguntar por el familiar que [...] tenían”²²⁵.

161. Con posterioridad a la masacre de Mapiripán, numerosas familias salieron del pueblo y, en su gran mayoría, no han regresado a éste. Tal como se desarrolla en el capítulo respectivo, los niños y las niñas, al verse desplazados -en particular Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber-, se vieron sometidos a condiciones como la separación de sus familias, el abandono de sus pertenencias y sus hogares, el rechazo, el hambre y el frío. Por ejemplo, la entonces menor de edad Carmen Johanna Jaramillo Giraldo sufrió amenazas por parte de los paramilitares con posterioridad a la masacre (*supra* párr. 96.141). Por su parte, Gustavo Caicedo Contreras, de 7 años de edad al momento de los hechos, manifestó que se ha sentido rechazado “porque cuando estaba en Bogotá la gente lo miraba [...] medio raro por ser desplazado”²²⁶. Además, algunos de los niños y las niñas desplazados tuvieron que vivir en “casas” hechas de lata y plástico, y hacerse cargo de sus hermanos menores, debido a que sus madres debieron buscar empleo para el sustento familiar. Al respecto, Johanna Marina Valencia Sanmiguel, de 8 años de edad al momento de los hechos, manifestó:

Aguantamos hambre y mi madre tuvo que trabajar para conseguir la comida. Tuve que empezar a cuidar a mis hermanos desde los ocho años. Tengo un hermano con necesidades especiales y tuve que darle tetero y limpiarlo. También tuve que cocinar [...]²²⁷.

225. *Cfr.* declaración jurada rendida por el testigo Gustavo Caicedo Contreras el 16 de febrero del 2005 (expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4566).

226. *Cfr.* declaración jurada rendida por el testigo Gustavo Caicedo Contreras el 16 de febrero del 2005 (expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4567).

227. *Cfr.* declaración jurada rendida por la testigo Johanna Marina Valencia Sanmiguel el 16 de febrero del 2005 (expediente

162. La obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”²²⁸. En el caso *sub judice*, la masacre y sus consecuencias crearon un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los niños y las niñas de Mapiripán. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los niños y las niñas del presente caso tuvieran y desarrollaran una vida digna, sino más bien se les ha expuesto a un clima de violencia e inseguridad.

163. Como consecuencia de la desprotección a que el Estado ha sometido a los niños y niñas, antes, durante y después de la masacre, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 4.1, 5.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber. Además, el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 22.1, 4.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de quienes fueron niños y niñas desplazados de Mapiripán, de los cuales han sido individualizados en este proceso Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber.

sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4577).

228. Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 182, párrs. 124 y 171, y *Caso Bulacio*, *supra* nota 193, párr. 138.

VIII
VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4.1, 5.1, 5.2 Y 5.5, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 Y 7.5,
Y 19,
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO
I.1 DE LA MISMA

99. En el presente caso, las víctimas fueron detenidas colectivamente, de forma ilegal y arbitraria, sometidas a tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes durante su detención. Fueron golpeadas con pistolas en la cabeza y con sillas, acusadas de “ladrón” y estuvieron aisladas y amarradas durante su detención en el CORE VII. Mientras se encontraban bajo la custodia estatal, y cumpliendo las amenazas que les hicieron los agentes estatales, fueron asesinados con armas de fuego y armas blancas (*supra* párrs. 79.5 a 79.31). El menor Marco Antonio Servellón García fue ejecutado con cuatro disparos de arma de fuego dirigidos a su rostro y su cabeza. El menor Rony Alexis Betancourth Vásquez recibió dos disparos de arma de fuego en la cabeza, y cuatro heridas de arma blanca, tres de las cuales localizadas en el pecho. Orlando Álvarez Ríos murió como consecuencia de dos disparos de arma de fuego y su cuerpo presentaba señales de que había sido objeto de violencia sexual antes de su muerte. Diomedes Obed García Sánchez fue ejecutado mediante ocho disparos producidos por arma de fuego, además de tres heridas de arma blanca, dos de ellas producidas por machete, una de las cuales habría sido tan profunda que le habría “casi [...] cercena[do] la cabeza” (*supra* párr. 79.31). El ensañamiento con que se ejecutó a las víctimas, privándoles de la vida en forma humillante, las marcas de tortura física presentes en los cuatro cadáveres, y la forma como sus cuerpos fueron abandonados a la intemperie, constituyeron graves atentados al derecho a la vida, a la integridad y libertad personales.

100. Al respecto, en la declaración rendida por Marvin Rafael Díaz en el Juzgado de Paz Segundo de lo Criminal el 19 de marzo de 1996, éste manifestó que “el teniente Alfaro [...] dijo, [“]a estos déjenmelos aparte[“], los cuatro que aparecieron muertos el día domingo diecisiete de [s]eptiembre de [1995]; y pud[o] observar que los amarró con unos lazos que éste tenía, y vi[ó] que DIOMEDES lloraba[. Estuvieron] pegados a un Pley wod [(sic)], viendo hacia la pared, [...]. Ellos estaban nerviosos, porque temían que los mataran, ya que les habían advertido y [se les había dicho que] pertenecían a la MARA DE LOS [POISON] y que [les] tenían clavo” (*supra* párr. 79.7). Por su parte, Krisell Mahely Amador, novia de Diomedes Obed García Sánchez, en su declaración rendida ante la Fiscalía Especial de Derechos Humanos el 11 de octubre de 1995, expresó que días antes de su muerte, la víctima le dijo “que ya le habían dicho que lo iban a matar” (*supra* párr. 79.29).

101. Asimismo, esta Corte no deja de señalar el trato que recibieron las víctimas menores de edad. Rony Alexis Betancourth Vásquez indicó con señales a Carlos Yovanny Arguijo Hernández, quien también había sido detenido ese mismo día, que le iban a matar, “a dar corte de cabeza, ya que [Rony] llevó una de sus manos al cuello, dándole a entender [...] y que fue lo que escuch[ó] de éste ‘si me palman, me palman...’ ya que [Rony le] dijo que decían que pertenecía a la mara de los poison” (*supra* párr. 79.15).

102. Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención⁶⁶. La Corte ha señalado que los Estados responden por los actos de sus agentes, realizados al amparo de su carácter oficial, y por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno⁶⁷. De manera especial, los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁶⁸.

103. En el presente caso agentes de la fuerza pública, haciendo uso ilegal de su autoridad, detuvieron a las víctimas y las ejecutaron. Al respecto, la Corte ha reiterado que en relación con el derecho a la vida, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable⁶⁹, y que es particularmente grave su vulneración cuando ésta es producida por agentes estatales, hecho reconocido por el Estado en su allanamiento.

104. Además de lo anterior, la Corte ha establecido, que los hechos de este caso se dieron en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras (*supra* párrs. 79.1, 79.2, 79.3 y 79.35).

105. El Tribunal observa que, si bien no se encuentra probado en el expediente del presente caso la existencia, en la época de los hechos, de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos en perjuicio de los niños y jóvenes en situación de riesgo,

66. Cfr. *Caso Ximenes López*, *supra* nota 3, párr. 84; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 9, párr. 108; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 63, párr. 72.

67. Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 3, párr. 84; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 7, párr. 111; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 9, párr. 108.

68. Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 12, párr. 66.

69. Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, *supra* nota 12, párr. 64; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 3, párr. 125; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 3, párr. 129; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 7, párr. 151; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 7, párr. 120; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2006. Serie C No. 121, párr. 65; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 64, párr. 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 63, párr. 128; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 12 de julio de 2003. Serie C No. 93, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 9, párr. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 54, párr. 110; y *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

sí está probado el contexto de violencia dentro del cual se han perpetrado las violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personales en este caso.

106. Es necesario resaltar que el Estado manifestó ante la Corte que “desde 1997 a la fecha [de presentación de la contestación de la demanda, el 4 de julio de 2005,] se ha registrado una cantidad importante de muertes violentas de menores”, y que el Estado “[...] ha venido haciendo importantes esfuerzos para fortalecer una política de protección a la niñez y sus derechos en general y, en particular, para contrarrestar el fenómeno de muertes de menores”. El Estado reconoce la existencia de lo que llama fenómeno de muertes violentas de menores, aunque rechaza la alegación de que el fenómeno se trate de una política de “profilaxis social”.

107. Sin embargo, la Corte ha afirmado que la responsabilidad internacional se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado, y es consecuencia de todo menoscabo a los derechos humanos que pueda ser atribuido a la acción, y también a la omisión, de cualquier poder u órgano de éste⁷⁰. La responsabilidad internacional puede configurarse aún en ausencia de intencionalidad, y hechos violatorios de la Convención son de responsabilidad del Estado independientemente de que éstos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada.

108. La obligación positiva derivada del deber de respeto y garantía, de crear las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a los derechos humanos, en circunstancias como la del presente caso, en que ha existido un contexto de violencia caracterizado por ejecuciones extrajudiciales e impunidad, se convierte en el deber, a cargo del Estado, de hacer cesar las condiciones que permiten la ocurrencia reiterada de las privaciones arbitrarias a la vida y de su falta de investigación.

109. En el presente caso, está demostrado que el Estado no adoptó las medidas necesarias para cambiar el contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en el marco del cual fueron ejecutados Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourth Vásquez, Orlando Álvarez Ríos y Diomedes Obed García Sánchez. Esto agrava la responsabilidad internacional del Estado.

110. El referido contexto estuvo marcado por la estigmatización de los jóvenes como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales (*supra* párr. 79.1).

70. Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 3, párr. 172; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 3, párr. 140; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 7, párr. 112.

111. Sobre esa vinculación entre la pobreza y la violencia dirigida a los niños y jóvenes, la Relatora Especial de las Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, señaló en su informe de 14 de junio de 2002 respecto de Honduras, que “[s]i bien los niños son vulnerables y están expuestos a abusos y a la delincuencia por su falta de autonomía, la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público”⁷¹.

112. La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

113. Lo anterior es particularmente grave en el presente caso, ya que Marco Antonio Servellón García y Rony Alexis Betancourth Vásquez eran menores de edad. En la *Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte expresó que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado⁷². El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁷³. Asimismo, la Corte indicó que el artículo 19 de la Convención debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial⁷⁴.

71. Cfr. Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Ejecuciones extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias. Informe de la Relatora Especial, Sra. Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 2002/36 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Misión a Honduras. E/CN.4/2003/3/Add.2. de 14 de junio de 2002.

72. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54. Cfr. también, *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 3, párr. 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, supra nota 9, párr. 152; y *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie No C 130, párr. 33.

73. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 72, párr.

56. Cfr. también, *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 3, párr. 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, supra nota 9, párr. 152; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 63, párr. 163.

74. Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 3, párr. 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, supra nota 9, párr. 152; y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, supra nota 64, párr. 147.

114. El Tribunal en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)* estableció que dentro de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención, se debe incluir la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación⁷⁵. El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño⁷⁶.

115. El entonces Comisionado Nacional de Derechos Humanos, en su informe titulado “Informe Especial sobre Muertes Violentas de Niños, Niñas y Adolescentes en Honduras” de 21 de enero de 2002, señaló que “desde que Honduras retornó al orden constitucional en el año 1980, ningún gobierno adoptó acciones o presupuestos extraordinarios para proteger y atender las necesidades de la infancia, pese a la gravedad de la situación.” Respecto de la violencia que afecta a un sector de los jóvenes en Honduras, expresó que

[ocurrió la] sustitución de la investigación y el análisis por una cobertura periodística del tema caracterizada por el “sensacionalismo” y “amarillismo”, a través de la cual se estereotipó o etiquetó al “marero” como “delincuente”, pese a que cifras de la Dirección General de Investigación Criminal (DIC) confirmaron que los menores de 18 años no son los protagonistas principales de la inseguridad ciudadana. De 42 mil denuncias recibidas a febrero del 2000, sólo 5.5% de los responsables fueron menores de 18 años. Una investigación sobre Pandillas y Violencia Juvenil señala que “es usual encontrar en las páginas dedicadas a la nota roja en la prensa local, crónicas dedicadas al relato de las acciones delictivas y violentas realizados por adolescentes y jóvenes mareros o pandilleros. Esta amplia acogida que han encontrado sus actividades en la prensa local ha contribuido a proyectar ante la opinión pública la imagen de que las maras o pandillas juveniles están integradas por adolescentes y jóvenes incorregibles para los cuales la única alternativa de profilaxis social es la cadena perpetua o lo muerte”.

116. El Estado tiene la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados⁷⁷ y, especialmente, evitar su estigmatización social como delincuentes. Es pertinente destacar, como lo hizo la Corte en el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que

75. Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 69, párr. 196; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Reparaciones (art.63.I Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 90.

76. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 72, párr. 91.

77. Cfr. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 21 de Julio de 2003, UN Document CRC/GC/2003/4.

pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito⁷⁸. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁷⁹.

117. Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tomarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.

78. Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 69, párr. 197; y *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr. 9.

79. Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 63, párrs. 124, 163 a 164, y 171; *Caso Bulacio*, supra nota 54, párrs. 126, 133 y 134; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 69, párrs. 146 y 195; y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 72, párr. 60.

IX

LA INCORPORACIÓN DE NIÑOS EN LAS FUERZAS ARMADAS

111. Según lo expresado anteriormente en la sección denominada “Consideraciones Previas”, la Corte procederá a realizar algunas consideraciones generales sobre el tema de la incorporación de niños en las fuerzas armadas (*supra* párrs. 61).

112. El derecho internacional contempla normas especiales para la protección de la integridad física y psicológica de niños cuando estos se encuentran involucrados en actividades militares, ya sea en tiempos de paz como durante el transcurso de los conflictos armados.

113. En cuanto al derecho internacional humanitario, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) o internos (Protocolo II) determinan la necesidad de una protección especial para los niños. El Protocolo I determina que las “Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”⁴⁷. El Protocolo II afirma en su artículo 4 referente a Garantías Fundamentales que se “proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular [...] los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”⁴⁸.

114. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos exige la imposición de restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. En este sentido, el artículo 38, párrafo tercero, de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas establece que los “Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan

47. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Artículo 77.2.

48. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Artículo 4.c

cumplido 15 años de edad, pero sean menores de 18, los Estados Partes procuraran dar prioridad a los de más edad"⁴⁹.

115. La Cruz Roja Internacional y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas han formulado recomendaciones para erradicar la utilización de menores de 18 años de edad en las fuerzas armadas⁵⁰.

116. El 25 de mayo de 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁵¹. Dicho Protocolo fue ratificado por Paraguay el 27 de septiembre de 2002 mediante la ley número 1897 de 22 de mayo de 2002.

117. El artículo 2 de este Protocolo prohíbe el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años de edad en las fuerzas armadas⁵². Para los casos excepcionales de reclutamiento de niños entre 15 y 18 años de edad, el artículo 3 del Protocolo establece que:

1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.
2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el [...] Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.
3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

49. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Paraguay en 1990 mediante la ley 57/90.

50. En septiembre de 1999 la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja señaló la necesidad de excluir a los menores de 18 años de hostilidades armadas. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su resolución 1999/80 sobre los derechos del niño, señaló "la necesidad urgente de aumentar la edad mínima límite establecida en el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño para el reclutamiento y la participación de cualquier persona en los conflictos armados".

51. ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, *supra* nota 17.

52. ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, *supra* nota 17.

- a. ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;
- b. ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;
- c. esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; y
- d. esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

118. El Estado ratificó dicho Protocolo el 27 de septiembre de 2002. Al hacerlo, según lo establecido en el artículo 3.2 del mismo, depositó una declaración mediante la cual estableció que la edad mínima para prestar servicio militar en Paraguay era de 16 años. Sin embargo, el 14 de marzo de 2006 el Presidente de la República firmó una declaración que sustituiría la depositada conjuntamente con el instrumento de ratificación, señalando que para la prestación del servicio militar obligatorio o voluntario en Paraguay, se deberá contar con la edad mínima de 18 años.

119. En 1999 la Comisión Interamericana emitió una recomendación general sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados⁵³. En dicha recomendación general, la Comisión señala que “pese a que la mayoría de los países miembros [de la Organización de Estados Americanos] establece en su legislación un mínimo de 18 años para el reclutamiento militar obligatorio, subsisten en este aspecto prácticas violatorias de los derechos humanos de los niños que la Comisión considera pura y simplemente situaciones similares a la esclavitud y de servidumbre forzada”⁵⁴.

120. En este orden de consideraciones, el artículo 3 del Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados es considerado como una forma de esclavitud o una práctica análoga a la esclavitud, la cual debería ser eliminada⁵⁵.

53. CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, Capítulo 6, *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*, OEA/Ser.L/V/II.106Doc. 3, de 13 de abril de 2000, pág. 1619.

54. CIDH, *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*, supra nota 53, pág. 1620.

55. OIT, Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, aprobado el 17 de junio de 1999 y ratificado por Paraguay el 7 de marzo de 2001, Artículo 3.a.

121. De igual manera, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohíbe el reclutamiento de niños menores de quince años de edad en las fuerzas armadas y que éstos participen activamente en hostilidades⁵⁶.

122. Lo anterior indica que en el derecho internacional existe una tendencia a evitar que se incorpore a personas menores de 18 años de edad en las Fuerzas Armadas, y a asegurar, en todo caso, que los menores de 18 años de edad no participen directamente en hostilidades.

123. Más allá de dicha tendencia internacional, la ley interna de Paraguay prohíbe reclutar a menores de 18 años de edad en las Fuerzas Armadas.

124. La ley número 569/75 de 24 de diciembre de 1975, relativa a la prestación del servicio militar obligatorio en el Estado, que se hallaba vigente en la época del reclutamiento del niño Vargas Areco, disponía que el servicio militar obligatorio corresponde a “los varones entre los dieciocho hasta los diecinueve años de edad”⁵⁷.

125. Asimismo, el artículo 56 del citado ordenamiento señala que “[l]as autoridades que reclutan a menores de diez y ocho años de edad, [...] salvo lo previsto en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal, serán destituidos o inhabilitados por cinco años para ocupar cargos públicos”⁵⁸.

126. Según el perito Juan Carlos Yuste Alonso (*supra* párr. 69.B.4), en la práctica, las autoridades paraguayas no observan las limitaciones impuestas en el derecho interno para el reclutamiento de menores de 18 años de edad.

127. Por otra parte, el artículo 36 de la ley número 569/75 autoriza un régimen especial en relación con los Centros de Instrucción Militar para Formación de Estudiantes de Reserva (CIMEFOR), que abre la posibilidad de que estudiantes que hayan aprobado el cuarto año del ciclo secundario presten servicio militar en períodos de cinco semanas durante las vacaciones escolares⁵⁹. Para poder ingresar a CIMEFOR, era necesario, hasta marzo del año 2000, contar con la autorización de los Defensores de Incapaces y, a partir de abril del mismo año, de los Jueces de Primera Instancia de la Jurisdicción del Menor (*supra* párr. 71.25).

56. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

57. Ley No. 569/75, *supra* nota 13, artículos 3.a) y 15.

58. Ley No. 569/75, *supra* nota 13, artículo 56.

59. Ley No. 569/75, *supra* nota 13, artículo 36.

128. En su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, publicado en el año 2001, la Comisión Interamericana observó que “aún cuando la ley disponga que excepcionalmente puede adelantarse la edad de prestación del servicio militar, por causas justificadas y con autorización de los padres, dicha excepción no es inusual, transformándose prácticamente en una regla”⁶⁰. Asimismo, la Comisión destacó que “en muchos casos el reclutamiento se efectúa previa intimidación a los padres de los niños con buen aspecto físico para el servicio militar”⁶¹.

129. No obstante las normas del derecho internacional anteriormente mencionadas, a veces se efectúa el reclutamiento de niños de manera forzada, por medio de coacción sobre ellos o sus familias. Se ha señalado que en ocasiones se recurre a la falsificación de registros de edad de los niños enlistados⁶². Una vez que han sido reclutados, generalmente reciben trato similar al de los adultos⁶³, lo cual acarrea severas consecuencias físicas y psicológicas.

130. El propio Estado ha reconocido la existencia de casos de maltratos, reclutamiento forzado, e incluso muerte ocasionada a niños que prestan el servicio militar (*supra* párr. 71.27). Esto se debe, en la mayoría, a excesos cometidos por superiores en aplicación de castigos a los reclutas, así como a accidentes derivados de la naturaleza propia del servicio militar obligatorio.

131. Además, se menciona que en las fuerzas armadas del Estado se han aplicado castigos físicos y psicológicos, así como ejercicios físicos que exceden la resistencia de los conscriptos, causando en muchos casos secuelas irreversibles, tanto físicas como psíquicas. Estos apremios son utilizados como método para infundir respeto a las órdenes de los superiores y castigo de actos de desobediencia o inadecuado cumplimiento de las instrucciones de éstos⁶⁴.

132. En este sentido, el perito Juan Carlos Yuste Alonso señaló que los castigos y actos de violencia en contra de niños soldados en el Estado son aceptados y justificados dentro de la vida militar (*supra* párr. 69.B.4). Asimismo, sólo se ha sancionado al responsable de un caso

60. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, Capítulo VII, párr. 37.

61. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, *supra* nota 60, párr. 38.

62. Cfr. *Las Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*, Informe para las Naciones Unidas realizado por la experta Graca Machel, presentado en agosto de 1996 de conformidad con la resolución 48/157 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU, párr. 36; disponible en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/bdf752e7cd66ca7f80256706003ef3e5?Opendocument>.

63. Cfr. *Las Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*, *supra* nota 62, párr. 44.

64. Amnistía Internacional, *Paraguay, Servicio Militar: Reclutamiento de Niños, malos Tratos Habituales y Muertes sin Aclarar*, 5 de abril de 2001, AI INDEX: AMR 45/002/2001.

de muerte de conscriptos, a pesar de que se han registrado 110 hechos de esta naturaleza desde el año 1989 (*supra* párr. 69.B.4).

133. El 18 de junio de 1997 el Comité de Derechos del Niño de la ONU destacó en sus observaciones finales sobre la situación de la infancia en Paraguay que, a pesar de las restricciones legales al reclutamiento de menores de 18 años de edad, resulta preocupante que “en la práctica no siempre se aplique esta política y que aún haya menores de esa edad a los que se obliga o presiona para efectuar el servicio militar”. Por ende, el Comité de Derechos del Niño recomendó que se aplicase con rigor la legislación vigente⁶⁵. El mismo organismo internacional volvió a referirse al tema en el año 2001, recomendando que Paraguay pusiera “término a la práctica de reclutar a niños para las fuerzas armadas y la policía nacional”⁶⁶.

134. A propósito de esta materia, la Corte considera que la reciente declaración emitida el 14 de marzo de 2006 por el Presidente del Paraguay, con respecto al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, declaración en la que se establece que sólo prestarán servicio militar quienes hayan cumplido 18 años, constituye un paso positivo para evitar que se repitan hechos como los que ocurrieron en el presente caso.

65. ONU, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: Paraguay, de 18 de junio de 1997, CRC/C/15/Add.75, párrs. 17 y 36.

66. ONU, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: Paraguay, de 6 de noviembre de 2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 46.a).

5. DERECHOS DE LAS NIÑAS, ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

403. La Comisión alegó que el Estado “tenía un deber reforzado de proteger los derechos humanos de Laura Berenice Ramos y Esmeralda Herrera Monreal, por dos factores, su minoría de edad y la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado, prevención y garantía”. Sin embargo, según la Comisión, “las instancias estatales encargadas de hacer cumplir la ley no actuaron para prevenir que acontezcan hechos como los que aquí se analiza ni para individualizar y sancionar a los responsables” y “las agencias estatales encargadas específicamente de la protección a la infancia no intervinieron de modo alguno ni en la prevención de estos hechos ni en proponer alguna clase de solución para el caso”.

404. Para los representantes, las niñas Herrera y Ramos “fueron asesinadas ocho años después de que se tuviera registro de los primeros homicidios de niñas y mujeres en Ciudad Juárez. El Estado tenía la obligación de adoptar medidas especiales de protección para garantizar su vida, libertad e integridad personales”. Manifestaron que el Estado “falló en adoptar medidas para prevenir la violencia comunitaria y para asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales de la niñez”.

405. El Estado afirmó que “cumple con su obligación de protección a los niños con la adopción de medidas acordes con su situación especial de vulnerabilidad”. Además, sostuvo que no tendría responsabilidad internacional puesto que “no existió participación directa de agentes estatales en los homicidios [...], además de que no se demostró que la minoría de edad de las víctimas hubiera sido un factor relevante”, y por ha implementado “medidas especiales para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”.

406. Como ya se ha establecido con anterioridad, en la época de los hechos, las autoridades públicas tenían conocimiento de un contexto de desapariciones, violencia y homicidios contra mujeres jóvenes y niñas (*supra* párr. 129).

407. El experto independiente de las Naciones Unidas para el estudio de la violencia contra los niños ha afirmado que “[l]a violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos”. El grado de desarrollo económico, el nivel social, la edad, el sexo y el género son algunos de los muchos factores

relacionados con el riesgo de la violencia letal. Asimismo, ha manifestado que “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia⁴¹⁶.

408. Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona⁴¹⁷. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁴¹⁸. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable⁴¹⁹.

409. En el presente caso, la Corte considera que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. En concreto, el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas.

410. A pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez⁴²⁰, así como de determinadas políticas estatales⁴²¹, la Corte resalta que de la prueba aportada por el

416. Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, Paulo Sérgio Pinheiro, presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrs. 25, 29 y 30.

417. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

418. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 417, párrs. 56, 57 y 60 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra nota 417, párr. 134.

419. Cfr. CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra nota 417, párr. 134.

420. Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 43, tomo XXVIII, folio 9816) y Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, artículos 2 a 5 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 103, tomo XLIII, folio 16049).

421. Como por ejemplo la creación del Consejo Nacional para la Infancia y la Adolescencia (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 104, tomo XLIII, folios 16065 a 16068); el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (expediente de fondo, tomo III, folio 1082); el Plan de Acción Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil (expediente de fondo, tomo III, folio 1082), y la Campaña de Prevención de la Violencia hacia la Niñez (expediente de fondo, tomo III, folio 1085).

Estado no consta que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas.

411. Consecuentemente, este Tribunal encuentra que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

2. DERECHOS A LA FAMILIA (ARTÍCULO 17), AL NOMBRE (ARTÍCULO 18) Y DEL NIÑO (ARTÍCULO 19)

184. En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona²⁰⁴. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad²⁰⁵. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.

185. De igual forma, este Tribunal ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁰⁶. Esta obligación no sólo presupone que los Estados se abstengan de inferir indebidamente en los derechos garantizados en la Convención (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar dichos derechos (obligación positiva)²⁰⁷ de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

204. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 27, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 133, y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

205. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 204, párrs. 56, 57 y 60, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra* nota 204, párr. 134.

206. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo, *supra* nota 30, párrs. 165 a 167; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 97, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 142.

207. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo, *supra* nota 30, párr. 164; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, *supra* nota 109, párr. 80, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 75.

186. Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos anteriores, la Corte hace notar que al momento en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte, Ramiro Osorio Cristales aún era niño²⁰⁸. Por lo tanto, el Estado le debía medidas de protección especiales, adicionales y complementarias, con el fin de garantizar el ejercicio y goce de sus derechos, incluyendo el derecho a la familia y al nombre. En consecuencia, este Tribunal analizará la supuesta violación del artículo 19 de la Convención junto con las demás violaciones alegadas.

187. En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana²⁰⁹.

188. Además, este Tribunal ha señalado que “el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹⁰, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²¹¹, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹², 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹³ y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos²¹⁴. Estas

208. La Corte hace notar que a momento de la aceptación de la competencia de la Corte por el Estado, en 1987, Ramiro y Armando tenían, respectivamente, 11 y 16 años de edad, por lo que la Corte se referirá a las presuntas víctimas como niños. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 supra nota 203, párr. 42.*

209. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 204, párr. 71.*

210. El artículo 12.1 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.”

211. El artículo v 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.”

212. El artículo 17 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.”

213. El artículo 11.2 establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. El artículo 11.3 dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

214. En este sentido, el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que: “[t]oda persona tiene derecho a 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.”

disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia”²¹⁵.

189. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia²¹⁶, y que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no solo tiene como objetivo preservar el individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar²¹⁷.

190. Lo mismo se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar²¹⁸.

191. Finalmente la Corte nota que, en el contexto de un conflicto armado interno, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Dicho artículo establece que: “[s]e proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y, en particular: [...] b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]”. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja esta obligación ha sido definida como que “las partes en conflicto deben hacer lo posible por reestablecer los lazos familiares, es

215. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 204, párr. 71.

216. *Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 December 2001, para. 35, *Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland*, Judgment of 12 July 2001, para. 151, *Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 43, *Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy*, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998 a IV, para. 51, y *Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996 a IV, para. 52, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, OC-17/02, *supra* nota 204, párr. 72.

217. *Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden*, judgment of March 24, 1988, serie A, n. 130, para. 81. En este caso la Corte Europea dedujo de la obligación positiva a cargo del Estado la obligación de tomar todas las medidas necesarias para terminar la separación cuando esta no es necesaria y, de esa manera facilitar la reunión de la familia. “*The care decision should therefore have been regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permitted, and any measures of implementation should have been consistent with the ultimate aim of reuniting the Olsson family.*”

218. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 204, párr. 88.

decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso”²¹⁹.

192. En cuanto al derecho al nombre, la Corte hace notar que ha establecido en su jurisprudencia que “el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona”²²⁰. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”²²¹.

193. También la Corte Europea decidió en materia del derecho al nombre que “como medio de identificación personal y de relación o de incorporación a la familia, el nombre de una persona afecta la vida [...] familiar de esta”²²².

194. Con base en todas las anteriores consideraciones, corresponde al Tribunal determinar si el Estado es responsable por la violación de los derechos al nombre, a la familia y del niño en perjuicio de Ramiro Osorio Cristales. Para tales efectos, la Corte reitera que al 9 de marzo de 1987, cuando Guatemala reconoció la competencia de la Corte, Ramiro Osorio Cristales estaba separado de su familia, viviendo con otro nombre e identidad y con una familia que no era la suya. La separación de su familia se mantuvo hasta el año 1999, cuando Ramiro Osorio Cristales se reencontró con su familia biológica. Asimismo, el cambio de nombre, basado en su sustracción y retención ilegal por el Kaibil Santos López Alonso, se mantuvo hasta el año 2002, cuando recuperó el nombre que sus padres le dieron.

195. La Corte considera que el Estado tenía la obligación de adoptar todas aquellas medidas positivas que fueran necesarias para garantizar que Ramiro Osorio Cristales pudiera ejercer y disfrutar plenamente de su derecho a vivir con su familia biológica, así como de su derecho al nombre que le dieron sus padres. Estos derechos, y la correspondiente

219. Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Apartado B. Reunión de Familias, párr. 4553, Disponible en <http://www.icrc.org>.

220. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra nota 204, párr. 182.

221. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra nota 204, párr. 184.

222. *Eur. Court. H.R., Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Serie A no. 280 – 3, p. 28 para. 24 “[...] Article 8 (art. 8) of the Convention does not contain any explicit provisions on names. As a means of personal identification and of linking to a family, a person's name none the less concerns his or her private and family life”.

obligación del Estado de garantizar su ejercicio y goce es permanente, y existe para el Estado a partir del 25 de mayo 1978 cuando Guatemala ratificó la Convención Americana. Sin embargo, este Tribunal se pronunciará sobre una posible violación de estos derechos sólo a partir del 9 de marzo de 1987, fecha en la cual el Estado reconoció la competencia de este Tribunal, con base en la situación fáctica existente después de la referida fecha.

196. Como la Corte ya estableció, el Estado tenía conocimiento de la existencia de Ramiro Osorio Cristales y de la situación en la que éste se encontraba (*supra* párrs. 181 y 182). Sin embargo, hasta el año 1999 omitió toda gestión para garantizar a Ramiro Osorio Cristales sus derechos a la familia y al nombre.

197. El Tribunal reitera que, según las normas del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana²²³. En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios²²⁴. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste²²⁵.

198. Si bien en el año 1999 el Estado se acercó a Ramiro Osorio Cristales con el propósito de que éste rindiera su declaración como prueba anticipada sobre lo ocurrido en la masacre de Las Dos Erres²²⁶, antes de dicha fecha no realizó actividad alguna dirigida a fin de reunificarlo con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad. Esta omisión del Estado postergó e incluso negó a Ramiro Osorio Cristales la oportunidad de restablecer el vínculo con su familia y de recuperar su nombre y apellidos. De esta manera incumplió con su obligación de adoptar medidas positivas que promuevan la unidad familiar; a fin

223. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 30, párr. 164; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, *supra* nota 31, párr. 120, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, *supra* nota 28, párr. 37.

224. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 30, párr. 173; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, *supra* nota 31, párr. 128, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, *supra* nota 21, párr. 73.

225. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 30, párrs. 134 y 172; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, *supra* nota 109, párr. 104, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, *supra* nota 21, párr. 73.

226. La supuesta actividad del Estado para ubicar a Ramiro Osorio Cristales en 1999 fue cuestionada por éste en sus declaraciones en la audiencia privada. Según estas declaraciones, la iniciativa y principal actividad que llevó a su ubicación en el 1999, había partido de FAMDEGUA, y no del Estado. En este sentido, varios informes señalaron que las autoridades nacionales no tomaron providencias para establecer la identidad y el paradero de los niños "adoptados", los cuales permanecieron separados de sus familias biológicas y registrados con los nombres de sus familias "adoptivas", hasta que sus familiares, y en muchos casos FAMDEGUA, lograron encontrarlos después de años de búsqueda.

de asegurar el ejercicio y disfrute pleno del derecho a la familia, así como para garantizar el derecho al nombre de Ramiro Osorio Cristales, el cual como medio de identificación personal y de relación con la familia biológica de una persona afecta su vida privada y familiar de manera particular. Este incumplimiento es particularmente grave porque se enmarca en un patrón sistemático de tolerancia y desinterés por parte del Estado, el cual durante al menos dos décadas no adoptó las medidas positivas necesarias.

199. En este sentido, y a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte reitera la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores²²⁷ (*supra* párr. 177).

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

227. Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, párr. 191, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 204, párr. 24.

X

ARTÍCULO 5.1 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL)²²⁸ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS I.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)²²⁹ Y 19 (DERECHOS DEL NIÑO)²³⁰ DE LA MISMA

(...)

214. De otra parte, en atención a que dos de los sobrevivientes de la masacre, Ramiro Osorio Cristales y Salomé Gómez Hernández, eran niños, la Corte reitera que ellos “tienen [...] derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”²³⁸, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana.

215. Con base en todas las anteriores consideraciones, esta Corte estima que los dos entonces niños, Ramiro Osorio Cristales y Salomé Gómez Hernández, han sufrido afectaciones a su salud física y psicológica de manera particular por la falta de justicia y la impunidad prolongada en el presente caso, y que dichas experiencias han impactado en sus relaciones sociales y laborales, alterado la dinámica de sus familias y siguió causando sufrimiento y temor a que se repitan las agresiones o se vaya a atentar contra su vida. Es evidente, además, la afectación psicológica y el sufrimiento duradero que padeció Ramiro Osorio Cristales, provocado por haber tenido que vivir alejado de su familia, con otro nombre e identidad.

216. Este Tribunal estima que el Estado omitió adoptar las medidas positivas apropiadas para amparar a Ramiro Osorio Cristales y Salomé Gómez Hernández ante la situación de desprotección en que se encontraban, a partir del año 1987 cuando Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte, para asegurar y garantizar sus derechos como niños²³⁹. En razón de ello, el Estado incumplió su deber de protección, en perjuicio de Ramiro Osorio Cristales y Salomé Gómez Hernández, desde el año 1987 hasta los años 1994 y 1989, respectivamente, cuando alcanzaron la mayoría de edad.

228. En lo pertinente, el artículo 5.1 señala que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

229. *Cfr.* artículo I.1, *supra* nota 41.

230. *Cfr.* artículo 19, *supra* nota 165.

238. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra* nota 204, párr. 54.

60. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra* nota 204, párr. 91.

B. Afectaciones a la familia Chitay Rodríguez y a la vida cultural de los niños indígenas

152. Tanto la Comisión como los representantes alegaron que la familia Chitay Rodríguez se desintegró como consecuencia de las constantes amenazas y persecuciones que sufrió antes, durante y con posterioridad a la desaparición de Florencio Chitay. También coincidieron en manifestar que Estermerio Chitay presenció, con sólo cinco años de edad, cómo su padre fue golpeado y desaparecido, lo cual constituye una violación a los derechos del niño.

153. Adicionalmente, los representantes alegaron la violación de los derechos del niño en perjuicio de Eliseo, Estermerio y María Rosaura Chitay Rodríguez porque “[l]a desintegración familiar y la constitución forzosa de un hogar monoparental [constituyen concretas violaciones] a los derechos del niño, que [...] cuando es consecuencia de un actuar del Estado significa una negación plena del llamamiento a la protección a la familia[] porque obstaculiza la posibilidad de crecimiento integral sano del niño y [...] no permite la permanencia de la fundación familiar realizada por el hombre y la mujer [...]”. Además, los representantes resaltaron que los hijos de Florencio Chitay se vieron forzados a vivir en una cultura que no era la de ellos, lo cual les causó pérdida de identidad y desarraigo cultural.

154. Por su parte, el Estado reconoció su responsabilidad por estos hechos y se allanó a las violaciones alegadas en cuanto a los artículos 17 y 19 de la Convención, en relación con el artículo I.1 de la misma.

155. A título preliminar, la Corte observa que el supuesto hecho sobre el cual la Comisión y los representantes alegaron la violación del artículo 19 de la Convención respecto de Estermerio Chitay se fundamenta en que el día 1 de abril de 1981 éste, con 5 años de edad, presenció cómo su padre fue golpeado y desaparecido. La Corte no se pronunciará sobre tal alegato, ya que este hecho acaeció antes del 9 de marzo de 1987, fecha en la cual Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte. En cuanto a la presunta violación de los artículos 17 y 19 de la Convención respecto de Pedro, Encarnación, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez, este Tribunal nota que si bien los alegatos de la Comisión y los representantes se basan en las amenazas, los hostigamientos, el desplazamiento familiar, y la desaparición forzada de Florencio Chitay, actos que ocurrieron con anterioridad a su competencia, estos hechos determinaron que la estructura familiar permaneciera desintegrada hasta después de esa fecha, razón por la cual

este Tribunal afirma su competencia para conocer de los mismos y de sus consecuencias jurídicas internacionales.

B.1. La desintegración de la familia Chitay Rodríguez

156. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también en el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia¹⁷¹, así como por el artículo 19, que determina la protección de los derechos del niño por parte de la familia, la sociedad y el Estado¹⁷².

157. Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar¹⁷³ y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia¹⁷⁴. Así, “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño”¹⁷⁵.

158. Al respecto, en la *Opinión Consultiva No. 17 relativa a la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, la Corte reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia¹⁷⁶, y observó que la Corte Europea ha establecido que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sólo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias

171. La Corte ha establecido que “[e]l artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias”. *Cfr. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2008. Serie C No. 192, párr. 55, y *Caso Escher y Otros Vs. Brasil*, *supra* nota 21, párr. 113.

172. *Cfr. Observación General No. 19*, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 23 – La familia. 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 de 27 de julio de 1990, párr. 1.

173. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 108, párr. 66.

174. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 108, párrs. 71 y 72, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 188.

175. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 108, párr. 71, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 189.

176. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva, OC-17/02, *supra* nota 108, párr. 72. *Cfr. Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 December 2001, para. 35, *Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland*, Judgment of 12 July 2001, para. 151, *Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 43, *Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy*, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998 a IV, para. 51, y *Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996 a IV, para. 52.

de las autoridades públicas¹⁷⁷, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar¹⁷⁸.

159. En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte. Al respecto, la perito Rosalina Tuyuc indicó las graves afectaciones que sufrieron las familias mayas como consecuencia de las desapariciones forzadas y el desplazamiento, y manifestó que:

[e]l conflicto armado lamentablemente quitó el derecho a muchas familias a estar ahí en familia [...], para nosotros el significado de tener familia significa estar con abuelo, con abuela, con papá, con mamá, con todos los hermanos, con los tíos y tías[esto] fue uno de los impactos muy grandes porque entonces muchos de los hijos e hijas tuvieron que separarse, algunos por completo y otros tal vez aunque con situaciones de pobreza, de miseria, de desplazamiento, [...] se quedaron dos o tres hijos junto a mamá. Sin embargo, [en muchos casos] esto no fue posible y por ello es que el impacto fue la pérdida de convivencia familiar [y] de estar bajo el núcleo de la tierra que los vio nacer.

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

las familias mayas [...] nunca abandonan a sus hijos, siempre está con la mamá si es mujer, [...] con el papá [...] si es varón pues ya sabe corresponde hacer en su tiempo igual está allí junto al papá para ver cómo se prepara la tierra, cómo se clasifican semillas, cómo también es el tiempo de la lluvia, del verano, de la sequía, o de muchas inundaciones, y por ello es que [...] con [la pérdida de uno de los padres] también se corta un largo camino de aprendizaje y de educación oral.

161. Asimismo, los hermanos Chitay Rodríguez se vieron imposibilitados de gozar de la convivencia familiar ante el temor fundado que tenían de regresar a su lugar de origen por lo sucedido, inclusive por la desaparición de otros familiares, y debido a la necesidad de alimentarse y educarse. Por lo tanto, tuvieron que crecer separados dado que mientras la

177. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva, OC-17/02, *supra* nota 108, párr. 72.

178. Cfr. *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 189. Cfr. *Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden*, judgment of March 24, 1988, serie A, n. 130, para. 81.

madre regresó a San Martín Jilotepeque con Estermerio y María Rosaura, Encarnación tuvo que quedarse trabajando en la capital, su hermano Pedro fue internado en un seminario y Eliseo se fue a ayudar a una tía en la capital. Este Tribunal nota que esta situación de ruptura de la estructura familiar se refleja hasta el día de hoy, ya que en la actualidad los tres hermanos menores viven en el extranjero y sólo los dos mayores en su país de origen (*supra* párrs. 133 y 134).

162. La Corte toma en cuenta que la desaparición forzada tenía como propósito castigar no sólo a la víctima sino también a su familia y a su comunidad (*supra* párr: 67). En el presente caso, el Tribunal considera que la desaparición de Florencio Chitay agravó la situación de desplazamiento y desarraigo cultural que sufrió su familia. Así, el desarraigo de su territorio afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas.

163. En razón de las consideraciones previas y el allanamiento del Estado, la Corte estima que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por las constantes amenazas y persecuciones que sufrieron sus miembros, el desplazamiento de que fueron víctimas, el desarraigo de su comunidad, la fragmentación del núcleo familiar y la pérdida de la figura esencial del padre, a raíz de la desaparición de Florencio Chitay, lo cual se vio agravado en el contexto del caso, que subsistió hasta después del 9 de marzo de 1987, lo que constituye un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra ingerencias arbitrarias o ilegales en su familia. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez.

B.2. El derecho a la vida cultural de los niños indígenas

164. El artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. A criterio de la Corte, “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”¹⁷⁹. Debe entonces el Estado asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar

179. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 108, párrs. 53, 54 y 60; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr: 147; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra nota 13, párr: 408, y Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra nota 12, párr: 184.*

medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño¹⁸⁰. Este principio se fundamenta “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”¹⁸¹. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad¹⁸².

165. La Corte ha afirmado reiteradamente que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus juris* internacional de protección de los niños¹⁸³ y en diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁴.

166. Teniendo en cuenta lo señalado, resulta evidente que las medidas de protección que el Estado debe adoptar varían en función de las circunstancias particulares del caso y de la condición personal de los niños. El Tribunal hace notar que en el presente caso, al momento en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte, el 9 de marzo de 1987, las presuntas víctimas Eliseo, Estermerio y María Rosaura Chitay Rodríguez, indígenas mayas *kaqchikel*, tenían respectivamente 15, 10, y 7 años de edad, y por lo tanto, aún eran niños.

167. Este Tribunal observa que la desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores. Dadas las particularidades del caso sub judice, la Corte estima importante señalar las medidas especiales de protección que deben adoptar los Estados a favor de los niños indígenas. El Tribunal advierte que los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con

180. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 108, párrs. 56 y 60; *Caso Bulacio Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 103, párr. 177, y *Caso Servellón García Vs. Honduras*, *supra* nota 92, párr. 116.

181. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 108, párr. 56; Cfr. *Caso Masacre de Mampiripán Vs. Colombia*, *supra* nota 14, párr. 152, y *Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia*, *supra* nota 24, párr. 244.

182. *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 184.

183. 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. párrs. 194 y 196; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, *supra* nota 179, párr. 148.

184. Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo, *supra* nota 183, párrs. 194 a 196; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, *supra* nota 179, párr. 161, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, *supra* nota 183, párrs. 167 y 168.

una obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30¹⁸⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁶, la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma¹⁸⁷.

168. En su Observación General No. 11, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado que “[e]l ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso”¹⁸⁸, y que este derecho constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas¹⁸⁹. Asimismo, tomando en consideración la estrecha relación material y espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales

185. El artículo 30 dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”. Esta disposición tiene su antecedente en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General mediante resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, el cual reconoce este derecho para las minorías sin mencionar a los indígenas explícitamente. El artículo 27 del PICP establece: “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

186. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. El Estado de Guatemala firmó dicha Convención el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 06 de junio de 1990.

187. La Convención sobre los Derechos del Niño, además del artículo 30, contiene diversas disposiciones que destacan la importancia de la vida cultural del niño indígena para su formación y desarrollo. Así, el Preámbulo declara: “[l]os Estados Partes en la presente Convención [...] [t]eniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. El artículo 2 inciso 1 establece la obligación de los Estados de asegurar la aplicación de los derechos establecidos en la Convención sin distinción por “origen [...] étnico” del niño. En el mismo sentido, el artículo 17 inciso d dispone que: “[l]os Estados [...] [a]lentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”. El artículo 20 inciso 3 determina que, ante niños privados de su medio familiar, el Estado deberá adoptar medidas especiales y que al considerarlas “[...] se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. En la misma línea, el artículo 29 inciso 1 señala que “[l]os Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a [i]nculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; [así como p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. Finalmente, el artículo 31 determina que: “[l]os Estados Partes reconocen el derecho del niño [...] a participar libremente en la vida cultural y en las artes. [...] Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”.

188. Cfr. ONU. *Comité de los Derechos del Niño*. Observación General No. 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

189. Cfr. *Observación General No. 11* (2009), *supra* nota 188, párr. 16.

(*supra* párr. 145), este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.

169. La perito Rosalina Tuyuc describió los sufrimientos de los miembros de las comunidades indígenas que tuvieron que huir, y en particular la pérdida cultural y espiritual que sufrieron los niños indígenas desplazados, así como la imposibilidad de recibir una educación oral (*supra* párrs. 159 y 160). Adicionalmente, teniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹⁹⁰, la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.

170. Por lo tanto, en razón de que los entonces niños indígenas Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez se vieron privados de su vida cultural, esta Corte considera que el Estado es responsable de la violación del artículo 19 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en su perjuicio.

171. De lo expuesto anteriormente, la Corte constata que el desplazamiento forzado, la fragmentación familiar y el desarraigo cultural que sufrieron Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, de apellidos Chitay Rodríguez constituyen vulneraciones a los derechos de circulación y de residencia y la protección a la familia, así como a la protección de los niños respecto de los tres últimos. Por lo tanto, el Tribunal considera que el Estado es responsable de la violación de los artículos 22 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación y Pedro, ambos de apellidos Chitay Rodríguez. Asimismo, es responsable de la violación de los artículos 22, 17 y 19 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez.

190. *Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.* Este concepto de desarrollo holístico ha tenido recibo en anterior jurisprudencia de la Corte. *Cfr. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, supra nota 179, párr. 161.*

X
DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS
(ARTÍCULO 19 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

256. La Comisión indicó que los niños y niñas “han sufrido con especial rigor las condiciones de vida infrahumanas a la que está sometida toda la Comunidad”. Los representantes sostuvieron que “[t]odos los derechos alegados como violados por el Estado tienen entre sus víctimas a niños y niñas” y que éstos “no fueron objeto de las medidas especiales de protección que su condición de vulnerabilidad, en razón de su edad, requerían”. El Estado sostuvo que ha brindado “atención integral” a los niños, por lo que no sería responsable de la alegada violación del artículo 19 de la Convención.

257. El Tribunal recuerda que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado²⁸⁶. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad²⁸⁷. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad²⁸⁸.

258. Esta Corte ha establecido que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos²⁸⁹.

286. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54; *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 184, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra* nota 8, párr. 156.

287. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 286, párrs. 56, 57 y 60; *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 184, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, *supra* nota 14, párr. 408.

288. *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 184, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra* nota 8, párr. 164.

289. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 286, párr. 86.

259. En el presente caso, el Tribunal reitera sus consideraciones anteriores con respecto al acceso al agua, la alimentación, salud y acceso a la educación de los miembros de la Comunidad (*supra* párrs. 194 a 213). Asimismo, observa que las probadas condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas. Como se mencionó previamente, la falta de una alimentación adecuada ha afectado el desarrollo y crecimiento de los niños, ha aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ha ocasionado altos índices de desnutrición entre ellos (*supra* párr. 201). Asimismo, de la prueba aportada se desprende que para el 2007 los niños y niñas de la Comunidad “o no recibieron todas las vacunas, o no fueron vacunados según el estándar internacional, o no poseían certificación alguna referent[e] a las vacunas recibidas”²⁹⁰.

260. Igualmente, resulta preocupante que 11 de los 13 miembros de la Comunidad cuya muerte es imputable al Estado (*supra* párr. 234), eran niños o niñas. Más aún, la Corte nota que las causas de dichos fallecimientos se hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte del Estado. Por ello, difícilmente se podría decir que el Estado ha adoptado las medidas especiales de protección que debía a los niños y niñas de la Comunidad.

261. Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹¹ establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma²⁹².

262. Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas²⁹³.

290. *Cfr.* Evaluación sobre salubridad en cuatro Comunidades Enxet, *supra* nota 218, folio 2643.

291. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. El Estado del Paraguay firmó dicha Convención el 4 de abril de 1990 y la ratificó el 25 de septiembre de 1990. El artículo 30 dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

292. *Cfr.* *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra* nota 8, párr. 167.

293. *Cfr.* *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra* nota 8, párr. 168.

263. En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.

264. En virtud de todas las consideraciones previas, el Tribunal considera que el Estado no ha adoptado las medidas de protección necesarias a favor de todos los niños y niñas de la Comunidad, en violación del derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

X

**ARTÍCULO 19 (DERECHOS DEL NIÑO)²⁶⁰ EN RELACIÓN CON EL
ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA**

197. La Comisión manifestó que “la violación sexual de [la señora Rosendo Cantú, entonces menor de edad], así como las actuaciones del fuero militar en la investigación del caso y la subsiguiente impunidad de los responsables [que] persiste hasta la fecha, constituyen una clara violación del deber del Estado mexicano de otorgarle la protección especial que le garantizan la Convención Americana y los demás instrumentos internacionales aplicables”. Por ello, solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la violación del artículo 19 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú.

198. Los representantes destacaron que al momento de la violación sexual la señora Rosendo Cantú era una niña de diecisiete años. El Estado “no [le] proveyó atención médica primaria, sino [diez] días después de haber sido violada” y ella “no recibió el tratamiento adecuado para sus padecimientos, sino hasta [seis] meses [después] de lo ocurrido, cuando acudió a una clínica privada”. De tal modo, México incumplió su obligación de procurar el disfrute del nivel más alto de salud para la señora Rosendo Cantú atendiendo a su condición de niña. Asimismo, el Estado tampoco adoptó a su favor ningún otro tipo de medidas de protección especial. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare la responsabilidad del Estado por la falta de adopción de medidas de protección especial dada su condición de niña, violando con ello el artículo 19 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú.

199. El Estado contravirtió en su contestación de la demanda la alegada violación al artículo 19 de la Convención. No obstante, en la audiencia pública y en sus alegatos finales escritos, México reconoció que “las autoridades [...] fueron omisas en proporcionarle a la señora Rosendo Cantú una atención especializada, en su calidad de menor de edad, al momento de la presentación de la denuncia penal ante el [M]inisterio [P]úblico del estado de Guerrero, lo cual constituyó un incumplimiento al deber de proteger los derechos del niño, previsto en el artículo 19 de la Convención Americana [...] y a la luz de otros

260. El artículo 19 de la Convención establece que:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

instrumentos internacionales [...] en los cuales el Estado mexicano es parte, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño”.

200. El Tribunal ha establecido (*supra* párr. 23) que el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado ha sido claro y específico con respecto a la falta de medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú en atención a su condición de niña al momento de los hechos, reconociendo así su responsabilidad internacional por la violación a los derechos del niño establecidos en el artículo 19 de la Convención Americana. No obstante lo anterior, la Corte considera oportuno hacer las siguientes consideraciones.

201. La Corte anteriormente ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño²⁶¹. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad²⁶². De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados²⁶³ puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades²⁶⁴; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos

261. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 59 y 60; *Caso Servellón García Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 25, párr. 164.

262. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 261, párrs. 60, 86 y 93; *Caso De la Masacre de Las Dos*, *supra* nota 27, párr. 184, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 25, párr. 164.

263. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño*. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de julio de 2009), párr. 70.

264. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño*. Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y *Comité de los Derechos del Niño*, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 64.

y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado²⁶⁵, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño²⁶⁶.

202. En consecuencia, considerando que la señora Rosendo Cantú era una niña cuando ocurrieron los hechos, que no contó con las medidas especiales de acuerdo a su edad, y el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la protección especial por su condición de niña, de la señora Rosendo Cantú, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo I.1 del mismo instrumento.

265. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 21 in fine, 34 y 64.

266. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño. Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, *supra* nota 263, párr. 24.

C. LA SUSTRACCIÓN Y SUPRESIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA NIÑA MARÍA MACARENA GELMAN COMO FORMA DE DESAPARICIÓN FORZADA

117. Puesto que se trata de la hija de una mujer desaparecida, sustraída a los pocos días de haber nacido en cautiverio, luego retenida, separada de su madre a las pocas semanas de existencia, así como suprimida y sustituida su identidad para ser entregada a una familia que no era la suya, más allá de lo planteado por la Comisión y los representantes, la Corte determinará la calificación jurídica de los hechos en las circunstancias del caso¹²⁷.

118. Los hechos del caso revelan que la integridad personal de María Macarena Gelman García pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida¹²⁸. No obstante, resulta evidente que la vulneración del derecho a la integridad psíquica ocurrió a partir del momento en que descubrió su verdadera identidad, lo que quiere decir que la violación de su integridad psíquica y moral es una consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de María Claudia García y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia.

119. En este sentido, María Macarena Gelman declaró ante la Corte sobre cómo esta grave alteración en sus condiciones de existencia ha afectado su proyecto de vida desde que conoció su verdadera identidad, cuando tenía cerca de 24 años de edad. A partir de entonces, luego de reclamar su filiación legítima ante la jurisdicción uruguaya e inscribirse como hija legítima de Marcelo Gelman y María Claudia García, ella emprendió una búsqueda de su verdadero origen y las circunstancias de la desaparición de su madre. Según expresó, a partir de entonces “ha dedicado su vida a esto” y la búsqueda la “fue absorbiendo”, pues “fu[e] perdiendo motivaciones, no h[á] podido volver a disfrutar, siempre pendiente

127. En el Caso De la Masacre de la Dos Erres Vs. Guatemala, la Corte señaló “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores”, pero no se calificaron los hechos como desaparición forzada. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 177 y 199.

128. Las evidencias científicas señalan que la alimentación, las tensiones, la presión psicológica y física experimentada por la madre durante el embarazo tiene efectos sistémicos que inciden sobre los hijos [...], pudiendo incluso alterar su posterior desarrollo físico. Cfr. Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, *supra* nota 23, Cap. V, pág. 255.

y pensando que algo más puede pasar, [sin] proyección [de su vida] mas allá de un mes, viajando entre Montevideo y Buenos Aires”. Concluyó que “no es mucho más que esto [su] vida ahora”¹²⁹. Al respecto, la perita Deutsch observó que “ella ha sido afectada en lo más íntimo de su ser: su identidad”, pues el conocimiento de los hechos “la hizo tambalearse y le desestructuró su mundo interno”. La perita concluyó que María Macarena Gelman “presenta síntomas que perturban su vida, le impiden retomar un proyecto para su futuro, y le causan dolor”¹³⁰.

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

121. En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado. A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez¹³¹ y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

122. Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso¹³².

129. Cfr. Declaración rendida por María Macarena Gelman durante la audiencia pública.

130. Cfr. Dictamen pericial de Ana Deutsch rendido ante fedatario público el 17 de noviembre de 2010, prueba, folio 5130.

131. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24. También véase: CIDH, Informe: La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, segunda edición, OEA/Ser. L/V/II.133 Doc. 34, Washington, 29 de Octubre 2008, párrs. 43 y 44.

132. El derecho a la identidad está previsto en las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas, como por ejemplo en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay que establece el derecho a la identidad como uno de los derechos esenciales de los niños. Igualmente ha sido reconocido por jurisprudencia interna de algunos Estados, como son:

123. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “OEA”) señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”¹³³. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”¹³⁴. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[.] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”¹³⁵.

124. En cuanto a la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, jurisprudencia argentina ha considerado que ello afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se había alterado el estado civil de los niños y se habían atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia¹³⁶. En ese mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la

a) los casos de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido que la “identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [...] y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” (al respecto, ver la sentencia de tutela T-477/1995, de 23 de octubre de 1995); y

b) el Tribunal Constitucional de Perú, que señaló que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (al respecto, ver, Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005).

133. Cfr. OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

134. Cfr. OEA, Resoluciones AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07); 2362 (XXXVIII-O/08), y 2602 (XL-O/10), *supra* nota 133.

135. Cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión, *supra* nota 133, párr. 12.

136. Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados “REI, Víctor Enrique s/sustracción de menor de diez años”, *supra* nota 55.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata¹³⁷, que “[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”, añadiendo que “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”, concluyendo que el “derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace”¹³⁸.

125. Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar¹³⁹. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho¹⁴⁰, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales¹⁴¹.

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

137. Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, Sala Tercera, en autos caratulados “C., O.O. s/infracción artículos 139 inciso 2° y 293 del Código Penal”, causa No. 08.787, de 9 de diciembre de 1988, voto minoritario del juez Leopoldo Schiffrin.

138. Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados “ Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”, causa No. 403, de 5 de agosto de 1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria.

139. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, supra nota 131, párr. 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 141, y *Caso Chitay Nech*, supra nota 63, párr. 157.

140. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, supra nota 131, párrs. 71 y 72; y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, supra nota 127, párr. 187, y *Caso Chitay Nech y otros*, supra nota 63, párr. 157.

141. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, supra nota 131, párr. 77.

127. En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales¹⁴², la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado¹⁴³. Además, el nombre y el apellido son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”¹⁴⁴. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido. En el contexto de este caso, María Macarena Gelman vivió con otro nombre e identidad durante más de 23 años. Su cambio de nombre, como medio para suprimir su identidad y ocultar la desaparición forzada de su madre, se mantuvo hasta el año 2005, cuando las autoridades uruguayas le reconocieron su filiación y aceptaron el cambio de nombre.

128. Por otra parte, el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención, en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos¹⁴⁵ y es también un derecho de carácter inderogable reconocido en la Convención Americana¹⁴⁶. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de

142. Cfr. entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artículo 6.1, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el derecho al nombre se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aunque este no esté específicamente mencionado, cfr. T.E.D.H., *Stjerna v. Finland*, Application No. 18131/91, Judgment of 25 November 1994, para. 37, y T.E.D.H., *Case of Burghartz v. Switzerland*, Application No. 16213/90 Judgment of 22 February 1994, para. 24.

143. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 182, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 127, párr. 192.

144. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 143, párr. 184, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 127, párr. 192.

145. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 143, párr. 137.

146. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 143, párr. 136. Sobre este tema, el Tribunal ha reconocido a los derechos no susceptibles de suspensión como un núcleo inderogable de derechos, al respecto, cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra* nota 79, párr. 244. La Corte recuerda que su jurisprudencia considera el derecho a la nacionalidad como no susceptible de ser suspendido, al respecto, cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta¹⁴⁷. Igualmente, importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde, por ejemplo, que no se les prive arbitrariamente del medio familiar¹⁴⁸ y que no sean retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado¹⁴⁹. En el presente caso, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, con el referido propósito (*supra* párr. 97), frustraron el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el artículo 20.3 de la Convención.

129. En este caso, los hechos afectaron el derecho a la libertad personal de María Macarena Gelman puesto que, adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la Convención. Este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal¹⁵⁰, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.

130. Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo¹⁵¹.

147. Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 34; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 100, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 143, párr. 139.

148. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16.

149. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 11, y Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, artículo 4°.

150. Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párr. 17.

151. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párrs. 66 y 71. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo

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

132. En mérito de lo anterior, la sustracción, supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García como consecuencia de la detención y posterior traslado de su madre embarazada a otro Estado pueden calificarse como una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los propios términos de la referida Convención Interamericana. Esto es consistente con el concepto y los elementos constitutivos de la desaparición forzada ya abordados (supra párrs. 64 a 78), entre ellos, la definición contenida en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2007, que en su artículo 2° se refiere a “cualquier otra forma de privación de libertad”. Además, tal situación está prevista específicamente en el artículo 25 de esta Convención Internacional¹⁵² y ha sido reconocida por varios órganos internacionales de protección de los derechos humanos¹⁵³.

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales “Protocolo de San Salvador” dispone que “[t]odo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”.

152. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Artículo 25:
I. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:

- a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada.

153. Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Misión a El Salvador, Consejo de Derechos Humanos, 7° período de sesiones, U.N. Doc. A/HRC/7/2/Add.2, de 26 de octubre de 2007, párr. 23: “Un fenómeno que se dio en el país durante la época del conflicto armado [...] fue la desaparición forzada de niñas y niños. [...] Según dichas fuentes, los niños y niñas eran sustraídos durante la ejecución de operativos militares después de que sus familiares fueran ejecutados u obligados a huir para proteger sus vidas. Asimismo, era frecuente la apropiación de niños y niñas por parte de jefes militares quienes los incluían en sus senos familiares como hijos”; Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Misión a Argentina, Consejo de Derechos Humanos, 10° período de sesiones, U.N. Doc. A/HRC/10/9/Add.1, de 29 de diciembre de 2008, párr. 10: “Un fenómeno específico que se dio [...] durante la época de la dictadura militar [...] fue la desaparición forzada de niñas y niños, y de niños y niñas nacidos en cautiverio. Los niños y niñas eran sustraídos, despojados de su identidad y arrebatados de sus familiares. Asimismo, era frecuente la apropiación de niños y niñas por parte de jefes militares quienes los incluían en sus senos familiares como hijos”, y Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Consejo de Derechos Humanos, 10° período de sesiones, U.N. Doc. A/HRC/10/9, de 25 de febrero de 2009, párr. 456: “los niños también son víctimas de las desapariciones, tanto directa como indirectamente”. La desaparición de un niño, su traslado ilícito y la pérdida de un progenitor debido a su desaparición son violaciones graves de los derechos del niño”. Sobre el reconocimiento del

En el caso del Uruguay, sus disposiciones internas reconocen a los niños y niñas sustraídas como víctimas de desapariciones forzadas¹⁵⁴.

fenómeno de la desaparición forzada de niños en contextos de conflicto armado o dictaduras militares, consultar Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, respecto de: Argentina, 31° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.187, de 9 de octubre de 2002, párrs. 34 y 35; El Salvador, 36° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.232, de 30 de junio de 2004, párrs. 31 y 32; El Salvador, 53° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párrs. 37 y 38, y Guatemala, 55° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GTM/CO/3-4, de 25 de octubre de 2010, párr. 87. Finalmente, ver también Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, resoluciones: 53ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1995/38, de 3 de marzo de 1995, párr. 23; 57ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1997/26, de 11 de abril de 1997, párr. 2.d; 51ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1998/40, de 17 de abril de 1998, párr. 2.d; 55ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/38, de 26 de abril de 1999, párr. 2.d; 60ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/37, de 20 de abril de 2000, párr. 2.d, y 51ª sesión, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2002/41, de 23 de abril de 2002, párr. 2.d.

154. *Cfr.* Ley 18.596 sobre reconocimiento y reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, cuyo artículo 9, inciso G, reconoce "la condición de víctima y la responsabilidad institucional que le cabe al [Estado por] haber afectado la dignidad humana de quienes hubiesen [...] [n]acido durante la privación de libertad de su madre, o que siendo niños o niñas hayan permanecido desaparecidos", *supra* nota 8, folios 5006 y 5007, y Resolución de la Presidencia de la República No. 858/2000, *supra* nota 23, la cual destaca la necesidad de "dar los pasos posibles para determinar la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen de facto, así como de los menores desaparecidos en iguales condiciones", folio 277.

D. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE NIÑOS Y NIÑAS COMO VIOLACIÓN MÚLTIPLE Y CONTINUADA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DEBERES DE RESPETO Y GARANTÍA

80. El Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta una perspectiva integral sobre la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención⁹⁷, así como realizar algunas precisiones sobre esta cuestión en atención a las particularidades que reviste esta práctica de violaciones de derechos humanos dirigida a niños y niñas en un contexto de conflicto armado.

81. En anteriores oportunidades la Corte ha observado que no es reciente la atención de la comunidad internacional al fenómeno de la desaparición forzada de personas⁹⁸. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas desarrolló, desde la década de los 80, una definición operativa del fenómeno, destacando en ella la detención ilegal por agentes, dependencia gubernamental o grupo organizado de particulares actuando en nombre del Estado o contando con su apoyo, autorización o consentimiento⁹⁹. Los elementos conceptuales establecidos por dicho Grupo de Trabajo, fueron retomados posteriormente en las definiciones de distintos instrumentos internacionales.

82. La caracterización pluriofensiva, en cuanto a los derechos afectados, y continuada o permanente de la desaparición forzada, también se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal de manera constante desde su primer caso contencioso resuelto en 1988¹⁰⁰, incluso, con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre

97. Cfr. *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 25, párr. 138; *Caso Gelman*, supra nota 16, párr. 72, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 101.

98. Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 82; *Caso Gelman*, supra nota 16, párr. 66, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, supra nota 97, párr. 102.

99. Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 37° período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 4, e Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 39° período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párrs. 130 a 132.

100. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, supra nota 23, párr. 155; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, supra nota 97, párr. 104, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 60.

Desaparición Forzada de Personas¹⁰¹. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales¹⁰² que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada¹⁰³. En ocasiones anteriores, este Tribunal ya ha señalado que, además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁴, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas¹⁰⁵, al igual que varias Cortes Constitucionales y otros altos tribunales de los Estados americanos¹⁰⁶, coinciden con la caracterización indicada.¹⁰⁷

101. Dicha Convención establece que "se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

102. Cfr. Artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, U.N. Doc. A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006; artículo 7, numeral 2, inciso i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, y Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Observación General al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 15 de enero de 1996. Informe a la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/1996/38, párr. 55.

103. Cfr. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97; *Caso Gelman, supra nota* 16, párr. 65, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota* 97, párr. 104.

104. Cfr. *Eur. Court HR, Case of Kurt v. Turkey* (Application no. 15/1997/799/1002). Judgment of 25 May 1998, párrs. 124 a 128; *Eur. Court HR, Case of Çakici v. Turkey* (Application no. 23657/94). Judgment of 8 July 1999, párrs. 104 a 106; *Eur. Court HR, Case of Timurtas v. Turkey* (Application no. 23531/94). Judgment of 13 June 2000, párrs. 102 a 105; *Eur. Court HR, Case of Tas v. Turkey* (Application no. 24396/94). Judgment of 14 November 2000, párrs. 84 a 87, y *Eur. Court HR, Case of Cyprus v. Turkey* (Application no. 25781/94). Judgment of 10 May 2001, párrs. 132 a 134 y 147 a 148.

105. Cfr. *C.D.H. Caso de Ivan Somers Vs. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, Dictamen de 23 de julio de 1996, párr. 6.3; *Caso de E. y A.K. Vs. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, Dictamen de 5 de mayo de 1994, párr. 6.4, y *Caso de Solórzano Vs. Venezuela*, Comunicación No. 156/1983, Dictamen de 26 de marzo de 1986, párr. 5.6.

106. Cfr. Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, sentencia de 10 de agosto de 2007 (declarando la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada); Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis: P/J. 87/2004, "Desaparición forzada de personas. El plazo para que opere su prescripción inicia [cuando] aparece la víctima o se establece su destino" (afirmando que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y que la prescripción se debe comenzar a calcular a partir de que cesa su consumación); Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, *Caso Caravana*, sentencia de 20 de julio de 1999; Pleno de la Corte Suprema de Chile, *Caso de desafiado de Pinochet*, sentencia de 8 de agosto del 2000; Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, *Caso Sandoval*, sentencia de 4 de enero del 2004 (todos declarando que el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y no amnistiable); Cámara Federal de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de Argentina, *Caso Videla y otros*, sentencia de 9 de septiembre de 1999 (declarando que las desapariciones forzadas son delitos continuos y de lesa humanidad); Tribunal Constitucional de Bolivia, *Caso José Carlos Trujillo*, sentencia de 12 de noviembre del 2001; Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Castillo Páez*, sentencia de 18 de marzo de 2004 (declarando, en razón de lo ordenado por la Corte Interamericana en el mismo caso, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta tanto se establezca el paradero de la víctima), y Suprema Corte de Justicia Uruguay, *Caso Juan Carlos Blanco y Caso Gavasso y otros*, sentencias de 18 de octubre y de 17 de abril del 2002, respectivamente.

107. Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C

83. Adicionalmente, en el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad¹⁰⁸. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado¹⁰⁹. En suma, la práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹¹⁰ y tanto su prohibición como el deber correlativo de investigar y, eventualmente, sancionar a los responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*¹¹¹.

84. La Corte reitera que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple que inicia con una privación de libertad, cualquiera que fuere su forma, contraria al artículo 7 de la Convención Americana¹¹². En el presente caso, la Corte constató que agentes estatales sustrajeron y retuvieron ilegalmente a los niños y niñas, separándolos y removiéndolos de la esfera de custodia de sus padres o familiares (*supra* párrs. 60, 65 a 66 y 75 a 77), lo cual implicó una afectación a su libertad, en el más amplio sentido del artículo 7.1 de la Convención¹¹³.

No. 153, párr. 83; *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 85, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 100, párr. 60

108. *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 100, párr. 59; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 65, párr. 73, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 103.

109. *Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 65, párr. 74, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 103.

110. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 23, párr. 158; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 75, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 105.

111. *Cfr. Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 107, párr. 84; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 183, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 137.

112. *Cfr. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 112; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 91, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 122.

113. El artículo 7.1 de la Convención establece que: “[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

85. La jurisprudencia constante de esta Corte reconoce que las personas sometidas a privación de libertad que se encuentren bajo la custodia de cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones al derecho a la integridad personal, aunque no se pueda demostrar los hechos violatorios¹¹⁴. En el presente caso, la Corte entiende que la sustracción y separación de sus padres o familiares en las condiciones descritas, así como el hecho de haber quedado bajo el control de efectivos militares en el transcurso de una operación militar, produjo una afectación a la integridad psíquica, física y moral de los niños y niñas, derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana¹¹⁵, generándoles sentimientos de pérdida, abandono, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales pudieron variar e intensificarse dependiendo de la edad y las circunstancias particulares¹¹⁶.

86. Además, en el caso específico de niños y niñas separados de sus padres o familiares en el contexto de los conflictos armados, quienes se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, muchas veces se considera su apropiación, con fines diversos, como una consecuencia normal del conflicto armado o, por lo menos, inherente al mismo, lo cual sucedió al menos en el caso de Gregoria Herminia. Al tratárseles como objetos susceptibles de apropiación se atenta contra su dignidad e integridad personal, siendo que el Estado debería velar por su protección y supervivencia, así como adoptar medidas en

114. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 23, párr. 175; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 95, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 122.

115. El artículo 5.1 de la Convención dispone que: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

116. “Cada niño reacciona de manera diferente antes las consecuencias de un conflicto armado. La respuesta depende de la edad, el género, el tipo de personalidad, la historia personal y familiar, el origen cultural y la experiencia, así como de la índole y la duración del conflicto”. Naciones Unidas, *El Examen Machel 1996-2000, Análisis crítico de los progresos realizados y de los obstáculos con que se ha tropezado en la tarea de aumentar la protección de los niños afectados por la guerra*, A/55/749, 26 de enero de 2001, pág. 27. Por ejemplo, entre las diferentes circunstancias que pueden influenciar la repercusión psicosocial de la violencia sobre los niños, “cabe mencionar factores individuales como la edad, el sexo, el tipo de personalidad, los antecedentes personales y familiares y los antecedentes culturales. Habrá otros factores que estarán vinculados a la naturaleza de los hechos traumáticos, como su frecuencia y la duración de la experiencia. Los niños que sufren de estrés muestran una amplia gama de síntomas, como una mayor ansiedad de la separación y retrasos en el desarrollo, perturbación del sueño y pesadillas, falta de apetito, comportamiento retraído, falta de interés por jugar y, entre los niños de menos edad, dificultades de aprendizaje. Entre los niños de más edad y los adolescentes las respuestas al estrés pueden incluir reacciones como un comportamiento ansioso o agresivo y depresiones”. Naciones Unidas, *Las Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*, Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, presentado en virtud de la resolución 48/157, A/51/306, 26 de agosto de 1996, párr. 168. Del mismo modo, en el contexto de huidas en los conflictos armados, “[a]unque la decisión de partir normalmente la toman los adultos, aun los niños más pequeños reconocen lo que está sucediendo y pueden percibir la incertidumbre y el temor de sus padres”. Naciones Unidas, *Las Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*, *supra*, párr. 67.

forma prioritaria tendientes a la reunificación familiar¹¹⁷. Al efecto, la Corte Interamericana ha señalado que existe una obligación de aplicar “el estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra [la] integridad personal [de los niños]”¹¹⁸.

87. Por otra parte, respecto a las desapariciones forzadas de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, se ha verificado la negativa de las autoridades a reconocer la mencionada privación de libertad, así como a proporcionar información sobre el paradero o destino de las víctimas, a pesar de las diligencias realizadas por sus familiares y por los órganos a cargo de las investigaciones (*supra* párrs. 61, 67 y 78 e *infra* párrs. 162 y 168).

88. De modo tal que la desaparición forzada también conlleva a la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana¹¹⁹, dado que su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado¹²⁰, aún más cuando la identidad ha sido alterada ilegalmente.

89. Ha sido comprobado que muchos de los niños y niñas desaparecidos eran registrados bajo información falsa o sus datos alterados¹²¹, como ocurrió en el caso de Gregoria Herminia, aspecto que irradia sus efectos en dos sentidos: por un lado, para el niño o niña apropiada, a quien se le imposibilita buscar a su familia y conocer su identidad biológica y, por el otro, a su familia de origen, a quienes se les obstaculiza el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica, el vínculo familiar y hacer cesar la privación de libertad. Al respecto, resulta ilustrativo lo manifestado por Gregoria Herminia, al manifestar: “tan siquiera yo supiera mi apellido o mi nombre [...] buscaría [a mis padres],

117. Cfr. Naciones Unidas, *El Examen Machel 1996-2000*, *supra* nota 116, págs. 14 y 27. Asimismo véase Convención sobre los Derechos del Niño y disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, como el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

118. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 170.

119. El artículo 3 de la Convención establece que: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

120. Cfr. *Caso Anzualdo Castro*, *supra* nota 109, párr. 90; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 97, párr. 122, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 100, párr. 98.

121. Cfr. Peritaje rendido por Ana Georgina Ramos de Villalta, *supra* nota 35, (expediente de prueba, *affidávits*, folio 7534), y Asociación Pro-Búsqueda, *La paz en construcción*, *supra* nota 34, (expediente de prueba, tomo IV, anexo 5 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2619/31).

pero no tuve esa oportunidad y yo pienso que lo que a mí me pasó también le está pasando a mis hermanos, a otros niños más, hay muchos que sufren lo mismo”¹²². Esta violación solo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes¹²³.

90. En lo que se refiere al artículo 4.I de la Convención Americana¹²⁴, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida. Esta situación se ve acentuada cuando se está frente a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos y cuando se trata de niños o niñas, como en el presente caso, dado que la sustracción ilegal de sus padres biológicos también pone en riesgo la vida, supervivencia y desarrollo de los niños y niñas¹²⁵, este último entendido de una manera amplia abarcando aquellos aspectos relacionados con lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social¹²⁶. Del mismo modo, la Corte ha establecido que la falta de investigación de lo ocurrido representa una infracción al deber de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual comprende la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho¹²⁷.

91. En virtud de los hechos establecidos y el reconocimiento de responsabilidad estatal, está demostrado que agentes estatales, específicamente miembros de las Fuerzas Armadas salvadoreñas, sustrajeron y retuvieron ilegalmente a Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, a partir de los días 13 de diciembre de 1981, 25 de agosto de 1982 y 18 de mayo de 1983, respectivamente, en el transcurso de diferentes operativos de contrainsurgencia durante el conflicto armado en El Salvador. Además, fue comprobado que un militar se apropió de Gregoria Herminia Contreras, registrándola como parte de su familia.

122. Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

123. *Cfr. Caso Gelman, supra nota 16, párr. 131.*

124. El artículo 4.I de la Convención prevé que: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

125. *Cfr. Caso Gelman, supra nota 16, párr. 130.*

126. *Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.*

127. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 23, párr. 188; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 122, y Caso Chitay Nech y otros, supra nota 98, párr. 96.*

92. En razón de que se desconoce hasta el momento el paradero o destino posterior de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, la Corte considera que los mismos aún se encuentran sometidos a desaparición forzada. En el caso de Gregoria Herminia Contreras, quien fue ubicada en el año 2006, su situación también debe calificarse como desaparición forzada, la cual concluyó al momento en que su identidad fue determinada.

93. Por ende, el Estado es responsable por las desapariciones forzadas de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, y la consecuente violación a los derechos reconocidos en los artículos 7, 5.1, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

94. La Corte Interamericana destaca la gravedad de los hechos sub judice, ocurridos entre 1981 y 1983, los cuales se enmarcan en la fase más cruenta del conflicto armado en El Salvador (*supra* párrs. 48 a 50). Ciertamente las desapariciones de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera no constituyen hechos aislados, sino que se insertan en el patrón sistemático estatal de desapariciones forzadas de niños y niñas que se verificó durante el conflicto armado en El Salvador. El Estado así lo reconoció (*supra* párr. 17).

E. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE GREGORIA HERMINIA CONTRERAS

95. En la demanda, la Comisión sostuvo que “[l]a información aportada por Gregoria Herminia indica que fue objeto de distintos abusos físicos y psicológicos, obligándola a realizar labores domésticas”, lo cual demostraría que “la violación de la integridad personal se mantuvo durante largos años y [...] persistiría hasta la fecha”. Del mismo modo, los representantes señalaron que “[m]ientras estuvo bajo la custodia del soldado Molina y su familia fue víctima de múltiples maltratos físicos y psicológicos”. Sobre este punto, el Estado declaró que reconoce específicamente este hecho de la demanda, en cuanto se refiere a las declaraciones de Gregoria Herminia Contreras respecto a su desaparición y situación posterior.

96. Al declarar en la audiencia pública, Gregoria Herminia Contreras precisó el tratamiento y abusos que recibió durante el tiempo que permaneció con la familia Molina. Entre ellos, indicó que fue víctima de violación sexual. Una vez concluida su declaración, el Estado pidió la palabra y manifestó que “desea[ba] expresar a la joven Gregoria Herminia

que su relato, el testimonio de su sufrimiento, ha sido reconocido por el Estado como la verdad de lo ocurrido en el presente caso”, es decir, aceptó los hechos.

97. La Comisión señaló que, en virtud que el Estado de El Salvador reiteró su reconocimiento de responsabilidad internacional en la audiencia pública y, específicamente, reconoció como ciertos los hechos narrados por Gregoria Herminia Contreras en dicha instancia, corresponde a la Corte Interamericana pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de estos hechos. Los representantes sostuvieron que la violación sexual de la que fue víctima Gregoria Herminia Contreras a los 10 años de edad debe ser calificada como tortura. La Comisión, por su parte, agregó que los actos de violencia sexual sufridos en diferentes momentos de su vida, así como la violación sexual, constituyeron tortura contraria a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana¹²⁸, y deben también ser considerados como una afectación a su vida privada, generando una violación del artículo 11 de la Convención. El Estado no presentó argumentaciones jurídicas específicas al respecto.

98. Específicamente, Gregoria Herminia manifestó que “el solo hecho de llevar [el apellido] Molina para [ella] es un dolor porque el [señor] Molina [e] hizo mucho daño”¹²⁹.

Así relató: “a pesar de mis cuatro años [...] el militar que me lleva, él abusaba de mí, o sea, a mí me ponía falda y él siempre me tocaba entonces yo siempre le tenía mucho miedo y vivía con ese miedo siempre, entonces pasaba el tiempo yo crecía y yo tenía que andar vendiendo para poder comer porque si no me decían que si no trabajaba no podía comer, entonces me ponían a vender verduras y todo eso y yo andaba en las calles y a veces pasaba todo el día aguantando hambre pero al llegar, si yo llegaba con el producto me pegaban, [...] entonces yo vivía con ese miedo siempre asustada por lo que me podía pasar, qué me iban a hacer, yo siempre trataba de evadirme, de salir, de no estar ahí [...]. Llegó el tiempo, seguía creciendo y él siempre me pegaba si yo no iba, porque yo no iba porque le tenía miedo, porque yo decía me va a seguir tocando, porque yo le decía yo le voy a decir a mi mamá -porque yo le decía mamá a la mamá de él-, entonces él me decía si tú le dices yo te voy a matar porque yo todavía tengo armas y él siempre me amenazaba con eso, [...] y siempre vivía así, nunca tuve paz, o sea nunca me vieron como hija siempre me vieron como guerrillera siempre fui humillada y maltratada, siempre decían que yo era una guerrillera, siempre aguanté desprecios, humillación, nunca tuve tranquilidad”¹³⁰.

128. El artículo 5 de la Convención estipula en lo pertinente: El artículo 5 de la Convención estipula en lo pertinente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

129. Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

130. Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

99. Asimismo, la perita María Sol Yáñez describió que “Gregoria tiene un dolor muy profundo por el abandono, por no haber podido tener el amor y las caricias y el afecto. Cuando un niño es pequeño lo que tiene que dedicarse es a jugar y a fantasear, Gregoria tuvo que dedicarse a sobrevivir y, además, la maltrataron y [...] la violaron”¹³¹. Además, calificó esos años de la vida de Gregoria Herminia de “maltrato general”¹³² y de “contexto deshumanizante [...] cotidiano”¹³³, durante el cual se le acusaba “de ser guerrillera”¹³⁴.

100. La Corte considera que la separación de los niños y niñas de sus familias en las circunstancias del presente caso ha causado afectaciones específicas en su integridad personal, de especial gravedad, las cuales pueden tener un impacto duradero. En el caso de Gregoria Herminia Contreras, el militar Molina le había asegurado que a sus padres los habían matado en el contexto del conflicto armado en El Salvador (*supra* párr. 69), lo cual le generó intenso sufrimiento psicológico. Asimismo, el Tribunal constata que Gregoria Herminia Contreras fue sometida a varias formas de violencia física, psicológica y sexual, incluyendo maltratos físicos, explotación laboral, humillaciones y amenazas por parte de su agresor, quien también la violó con un cuchillo¹³⁵, en circunstancias en que se hallaba en una situación de indefensión y desvalimiento absoluto¹³⁶, así como sujeta a la custodia, autoridad y completo control del poder del militar Molina. Además, el Tribunal resalta que la violación sexual constituye una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico¹³⁷.

101. Al respecto, ha sido señalado que “[...]a violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características

131. Peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

132. Peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

133. Ampliación del peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz de 8 de junio de 2011 (expediente de prueba, tomo XI, *affidávits*, folio 7575/10).

134. Ampliación del peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz, *supra* nota 133, y Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

135. *Cfr.* Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

136. Al respecto, vale recalcar que Gregoria Herminia Contreras declaró: “yo no tenía a nadie en ese momento yo deseaba tener a mis verdaderos padres porque yo estoy segura que si yo los hubiera tenido a ellos nada de esto me hubiera pasado, yo sufrí mucho porque nadie me apoyaba”. Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011.

137. *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 311; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 114, 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. 124.

personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos¹³⁸ e incluye “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”¹³⁹. Asimismo, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”¹⁴⁰. Además, “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia¹⁴¹. La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno¹⁴².

102. El Tribunal constata que el conjunto de malos tratos sufridos por Gregoria Herminia, su edad, las circunstancias de su desaparición y la imposibilidad de recurrir a su propia familia para protegerse, la colocaron en un estado de alta vulnerabilidad que agravó el sufrimiento padecido. La Corte resalta que Gregoria Herminia Contreras padeció los referidos actos de violencia durante casi 10 años, es decir, desde la edad de 4 hasta los 14 años¹⁴³. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el conjunto de malos tratos, abusos físicos y psicológicos, vejámenes y sufrimientos que rodearon la vida de Gregoria Herminia durante

138. *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. 407, citando a Naciones Unidas, 61º período de sesiones, Tema 62 del programa provisional. Promoción y protección de los derechos de los niños. Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro, presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General. A/61/299, 29 de agosto de 2006, párr. 25.

139. Naciones Unidas, 61º período de sesiones, Tema 62 del programa provisional. Promoción y protección de los derechos de los niños. *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro, supra nota 138*, párr. 8.

140. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones. Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 16; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones de 2001, *Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, “La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997- 2000)”, E/CN.4/2001/73, párr. 44.

141. *Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), supra nota 138*, párr. 407, citando a Naciones Unidas, Sexagésimo primer período de sesiones, Tema 62 del programa provisional. Promoción y protección de los derechos de los niños. *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro, supra nota 138*, párr. 30.

142. *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 137*, párr. 306; *Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 137*, párr. 109, y *Caso Fernández Ortega y otros, supra nota 137*, párr. 119.

143. *Cfr. Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011*. Las partes coinciden en que Gregoria Herminia Contreras se fue de esa casa a la edad de 14 años.

su apropiación, así como los actos de violencia sexual a los cuales fue sometida estando bajo el control del militar Molina, constituyeron una violación del artículo 5.2 de la Convención Americana, que prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Gregoria Herminia Contreras. La Corte se referirá a las alegaciones relativas al artículo 11 de la Convención en el próximo acápite.

F. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, AL NOMBRE, A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR, Y A LA IDENTIDAD

103. Tanto la Comisión como los representantes alegaron que en el presente caso se vulneró el derecho a la identidad, el derecho a la familia, el derecho al nombre y el derecho a las medidas de protección especial para la niñez. El Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación a los derechos a la protección de la familia, al nombre, a la identidad y a la protección de los niños, reconocidos en los artículos 17¹⁴⁴, 18¹⁴⁵ y 19¹⁴⁶ de la Convención Americana, en perjuicio de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera. Además, aclaró que “al entender el fenómeno de la desaparición forzada como una grave vulneración a derechos humanos de las víctimas directas y sus familiares, el Estado reconoce que con estos hechos se vulneró además el derecho a la protección de la familia, no sólo de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera, sino también de sus familiares.

144. El artículo 17 de la Convención dispone en lo pertinente: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

145. El artículo 18 de la Convención establece: “[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

146. El artículo 19 de la Convención prevé: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

104. Sin perjuicio de ello, la Corte observa que existe una diferencia en cuanto al planteo de los fundamentos jurídicos que tendría el derecho a la identidad en el texto convencional, según la Comisión¹⁴⁷ y los representantes¹⁴⁸, y que el Estado no aclaró a cuál de ellos se ciñe en su reconocimiento. Del mismo modo, el Tribunal nota que la Comisión planteó la violación del derecho a la identidad y al nombre sólo respecto a Gregoria Herminia Contreras, mientras que los representantes lo habrían hecho respecto de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, en base a determinadas razones

147. Para la Comisión, los artículos 18 y 19 de la Convención Americana incorporan un derecho a la identidad, de modo tal que la supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran puede comprometer la responsabilidad del Estado. En el caso concreto, la Comisión alegó que el Estado, al desaparecer forzosamente a Gregoria Herminia Contreras y facilitar la suplantación de su identidad a través de un cambio ilegal de nombres, violó los derechos reconocidos en los artículos 18 y 19 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, lo cual significó que a pesar de los incansables esfuerzos de su madre, María Maura Contreras, por encontrarla, así como del apoyo de la organización Pro- Búsqueda y de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, su ubicación se obstaculizara durante más de dos décadas. Por otro lado, la Comisión alegó que, teniendo en cuenta que todas las presuntas víctimas eran niños y niñas al momento de su desaparición forzada, el Estado salvadoreño había incumplido las obligaciones derivadas del artículo 17 de la Convención, leído conjuntamente con el artículo 19 del mismo instrumento. Asimismo, sostuvo que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y en caso de producirse una separación de un niño respecto de su núcleo familiar, el Estado debe procurar preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño a su familia y su comunidad siempre que eso no sea contrario a su interés superior. En suma, la Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado violó el artículo 17 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de Gregoria Herminia, Serapio Cristian y Julia Inés Contreras, Ana Julia y Carmelina Ramírez, y José Rubén Rivera, así como de sus familiares, y las obligaciones establecidas en el artículo 19 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Gregoria Herminia, Serapio Cristian y Julia Inés Contreras, Ana Julia y Carmelina Ramírez, y José Rubén Rivera.

148. Los representantes alegaron que el derecho a la identidad "debe considerarse integrado por el derecho a la familia, el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica", mientras que anteriormente en su escrito de solicitudes y argumentos habían sostenido que del derecho a la identidad se desprenden los derechos a la familia y al nombre, los cuales "han sido directamente afectados en este caso". Según los representantes, la separación familiar afectó profundamente el derecho a la identidad de las víctimas, por lo que solicitaron se declare que el Estado salvadoreño es responsable por la violación del derecho a la familia de las víctimas de este caso y de sus familiares, como integrante del derecho a la identidad. Del mismo modo, los representantes consideraron que esta Corte debe presumir que lo mismo ocurrió con todos los niños víctimas de este caso, en particular con los de más corta edad, "pues su propio yo fue afectado cuando fueron arrancados de su entorno familiar y comunitario". Además, en el caso de las víctimas que eran niños también alegaron violación de su derecho a ser sujetos de medidas de protección especial. El Estado salvadoreño tampoco adoptó ninguna medida para procurar la reunificación familiar, ni para favorecer la recuperación de los niños encontrados con relación a los traumas que les provocó el haber estado separados de sus familias por tantos años, como así tampoco medidas de protección especial. Por el contrario, aseguró la no reunificación de la familia a través de distintas acciones y omisiones. En cuanto al derecho al nombre, sostuvieron que según los hechos alegados en el presente caso es posible establecer con certeza que Gregoria Herminia Contreras fue despojada de su nombre de origen y que el militar que la sustrajo del cuidado de sus padres la inscribió con un nombre distinto al propio, nombre que mantiene hasta la actualidad, y pese a que el Estado tiene conocimiento de lo ocurrido a ella, no ha adoptado ninguna medida para facilitarle la recuperación de su identidad de origen. En consecuencia, solicitaron se declare que el Estado salvadoreño es responsable por la violación del derecho al nombre de las víctimas de este caso, como integrante del derecho a la identidad, así como por la violación de su derecho a ser sujetos de medidas de protección especial.

que expusieron, entre las cuales mencionaron que la práctica sistemática de desaparición forzada que existía en la época incluía el cambio de nombre y que los demás casos encajan perfectamente con este patrón, por lo cual es necesario realizar las aclaraciones pertinentes así como establecer en perjuicio de quiénes se habría violado tales derechos.

105. En primer lugar, es importante precisar que en el presente caso las alegaciones sobre el derecho a la identidad deben ser analizadas en el contexto de las desapariciones forzadas por parte de agentes estatales de niños y niñas durante el conflicto armado en El Salvador y su posterior apropiación, cuyo objetivo era entre otros suprimir o extirpar la identidad a los niños o niñas de familias consideradas “guerrilleras” (*supra* párr. 53), sin que se tenga certeza en todos los casos del paradero o destino posterior.

106. La Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana¹⁴⁹. Al respecto, es importante recordar que el Tribunal también ha señalado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”¹⁵⁰. Por otra parte, en virtud del artículo 11.2 de la Convención¹⁵¹, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia¹⁵², y en especial los niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo¹⁵³.

107. En este contexto es importante determinar cuáles medidas de protección, especiales y diferenciadas, debía el Estado adoptar de conformidad con sus obligaciones bajo el artículo 19 de la Convención, en atención particular de la persona titular de derechos y del interés superior del niño¹⁵⁴. Así, puede notarse que, de las normas contenidas en

149. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 125, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 157.

150. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 71; *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 157, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 188.

151. El artículo 11.2 de la Convención dispone que: “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

152. Cfr. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 71; *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 156, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 150, párr. 188.

153. Cfr. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 71; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 130, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 150, párr. 188. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” dispone que “[t]odo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”.

154. Cfr. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 56; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 257, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 164.

la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus juris de los derechos de la niñez¹⁵⁵, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos¹⁵⁶. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar¹⁵⁷. Aún más, en el contexto de conflictos armados no internacionales, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, el cual dispone que: “[s]e proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: [...] b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]”¹⁵⁸.

108. En suma, correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de los niños y niñas¹⁵⁹, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Por el contrario, en el presente caso los agentes estatales actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar la desaparición forzada de los niños y niñas, a través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados como subversivos o guerrilleros, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno. En consecuencia, existieron injerencias sobre la vida familiar que no sólo tuvieron un impacto sobre Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera al ser sustraídos y retenidos ilegalmente (*supra* párr. 84) vulnerando su derecho a permanecer con su núcleo familiar y establecer relaciones con otras personas que formen parte del mismo, sino que también generaron y

156. Cfr. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 24; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 121, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 98, párr. 165.

156. Cfr. Artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

157. Cfr. *Opinión Consultiva OC-17/02*, *supra* nota 149, párr. 88, y *Caso Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 150, párr. 190.

158. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja esta obligación ha sido definida como que “[l]as partes en conflicto deben hacer lo posible por reestablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso”. Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Apartado B. Reunión de Familias, párr. 4553. El Salvador es parte del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional desde el 23 de noviembre de 1978.

159. La Convención sobre los Derechos del Niño estipula, en su artículo 38:

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

continúan generando afectaciones específicas en cada uno de los integrantes de las familias, así como en las dinámicas propias de cada una de las familias (*infra* párr. 123).

109. Por ello, el Estado violó el derecho a la familia reconocido en el artículo 17.1, así como en aplicación del principio *iuria novit curia* el artículo 11.2 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera. Del mismo modo, el Estado violó los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de sus familiares.

110. En cuanto al derecho al nombre, la Corte ha establecido que “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona”¹⁶⁰. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”¹⁶¹.

111. Al respecto, el Tribunal dio por probado que las personas que se apropiaron de Gregoria Herminia Contreras a la edad de 4 años la registraron bajo datos falsos el 16 de mayo de 1988 alterando, entre otros aspectos, parte del nombre y el apellido que le habían dado sus padres biológicos, datos con los cuales ha vivido desde entonces. Su cambio de nombre y apellido, como medio para suprimir su identidad, aún se mantiene pues el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para realizar las modificaciones pertinentes en su registro y documento de identificación, incluyendo no sólo el nombre y el apellido, sino también la fecha, el lugar de nacimiento y los datos de sus padres biológicos¹⁶². Por ello, el Estado es responsable por la violación del artículo 18 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Gregoria Herminia Contreras.

160. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 182; *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 127, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 150, párr. 192.

161. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 160, párr. 184, y *Caso Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 150, párr. 192.

162. *Cfr.* Pasaporte emitido por la República de El Salvador en el que Gregoria Herminia Contreras aparece como Gregoria de Jesús Molina (expediente de fondo, tomo II, folio 860); Certificado de nacimiento en el que Gregoria Herminia Contreras aparece registrada como Gregoria de Jesús Molina, *supra* nota 81, y Certificado de nacimiento de Gregoria Herminia Contreras, *supra* nota 67.

112. Ahora bien, el Tribunal ha reconocido¹⁶³ que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana¹⁶⁴. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención¹⁶⁵, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁶, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶⁷, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. 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”. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el

163. *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 122.

164. De igual forma, en el marco europeo de protección de derechos humanos no existe una disposición que expresamente reconozca un derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en forma constante que el artículo 8 del Convenio europeo “protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. Así, la vida privada incluye aspectos de la “identidad social y física del individuo”. La vida privada, además, protege “la identificación de género, nombre, identidad sexual y vida sexual [...] el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. *Eur. Court HR, Case of Bensaid v. The United Kingdom* (Application no. 44599/98). Judgment of 6 February 2001, párr. 47; *Eur. Court HR, Case of Pretty v. The United Kingdom* (Application no. 2346/02). Judgment of 29 April 2002, párr. 61, y *Eur. Court HR, Case of Peck v. United Kingdom* (Application no. 44647/98). Judgment of 28 January 2003, párr. 57. La jurisprudencia de esa Corte recoge en abundancia el derecho a la identidad, de la cual una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica. Al respecto, ha indicado que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada también se reconoce el derecho de toda persona a “conocer sus orígenes”. Sobre este aspecto, el Tribunal europeo ha señalado que las personas “tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano”. *Eur. Court HR, Case of Odièvre v. France* (Application no. 42326/98). Judgment of 13 February 2003, párrs. 42 y 44. Véase también *Eur. Court HR, Case of Mikulić v. Croatia* (Application no. 53176/99). Judgment of 7 February 2002, párrs. 57 y 64.

165. *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párrs. 217 y 218.

166. *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 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115; *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, nota al pie 177, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 128.

167. El Salvador es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el 10 de julio de 1990, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.1.

nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares”. En efecto, es “un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su [c]onjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”¹⁶⁸. En consecuencia, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal estima que el conjunto de las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizados constituyen una afectación al derecho a la identidad, el cual es inherente al ser humano, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

113. Al respecto, esta Corte ha establecido previamente que “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”¹⁶⁹. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social¹⁷⁰. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho

168. Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

169. *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 122.

170. Por ejemplo, la perito Yáñez de la Cruz indicó que “desde la psicología la identidad responde a una pregunta básica que es ¿quién soy yo?, la necesidad de conocer la identidad [...] es una necesidad básica del ser humano, es el centro de gravedad en torno al que la persona se desarrolla y es como un ser en el mundo, es tu lugar o tu lugar, tu ser en el mundo a partir de la identidad, pero también la identidad tiene una perspectiva dialéctica entre el yo individual y entre el yo social, el ser humano se desarrolla en la sociedad, uno cobra su identidad primero en los marcos de referencia primaria que es la familia, la mamá, el papá, pero se desarrolla en los marcos sociales en los que se inserta esto es comunidad, esto es lugar, esto es otras familias. Y no hay un yo por tanto que no sea un yo social, no está separado, somos seres sociales”. Peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011. Por su parte, la perito Villalta sostuvo: “[e]l derecho a un nombre y a una nacionalidad es universal, pero al mismo tiempo la identidad conlleva el conocimiento de la familia y a mantener vínculos cercanos, el legado de costumbres y tradiciones del entorno y de los antepasados”. Peritaje rendido por Ana Georgina Ramos de Villalta, *supra* nota 35, (expediente de prueba, tomo XI, affidávit, folio 7534).

exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años¹⁷¹. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.

114. Evidentemente, la afectación del derecho a la identidad en las circunstancias del presente caso ha implicado un fenómeno jurídico complejo que abarca una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares¹⁷², que se traducen en actos de injerencia en la vida privada¹⁷³, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares.

115. En esta línea, resulta ilustrativo lo señalado por la perita Yáñez en cuanto a que “[s]e daña el centro mismo de la identidad de Gregoria porque se le roba el nombre, pero también se le roba su familia, también se le roba su lugar, su comunidad, su pueblo. Ella desconoce sus propias raíces y esto le da como un vacío no saber quién es pero también le impide tener un proyecto de vida en el cual ella colocarse. Ella se ha pasado la vida diciendo, quién soy, qué edad tengo, ella dice que a veces como le hacían hacer trabajos de adulto ella decía a lo mejor soy más vieja de lo que soy, ella no se ubicaba en qué edad tenía ni tampoco a quién se parecía, a quién me parezco, quién soy, cómo es mi apellido, cómo es mi nombre, en definitiva quién soy yo”¹⁷⁴.

171. Cfr. Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, *supra* nota 168, punto resolutivo segundo.

172. Cfr. *Caso Gelman*, *supra* nota 16, párr. 120. De igual forma, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al examinar un caso de apropiación de una niña, hija de desaparecidos durante la dictadura militar argentina, señaló que “[su] secuestro [...], la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S.S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”. C.D.H. *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio Vs. Argentina*, Comunicación No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Dictamen de 27 de abril de 1995, párr. 10.4.

173. Al respecto, es importante recordar que el Tribunal ya ha precisado que, si bien el artículo 11 se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Asimismo, ha indicado que el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuánto decide proyectar a los demás. Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra*, *supra* nota 137, párr. 119, y *Caso Fernández Ortega y otros*, *supra* nota 137, párr. 129, citando a *Eur. Court HR, Case of Niemietz v. Germany* (Application no. 13710/88). Judgment of 16 December 1992, párr. 29, y *Eur. Court HR, Case of Peck*, *supra* nota 164, párr. 57.

174. Peritaje rendido por María Sol Yáñez de la Cruz ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011. Véase también Declaración de Gregoria Herminia Contreras rendida ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 17 de mayo de 2011: “fue gracias a Pro-Búsqueda que yo me enteré que sí estaban vivos mis padres, porque para mí todo el tiempo ellos estaban muertos, y al enterarme de que ellos estaban vivos fue para mí una ilusión bonita, porque yo por lo menos iba a saber quién era yo, como me llamaba en realidad, cuántos años tenía, porque yo siempre fui tratada de que vos ya sos vieja, vos tenés que hacer esto, y les decía no puedo porque lavar un pantalón de lona grande yo no podía, yo les decía no puedo, no es que tú ya eres vieja, lo que pasa es que no creciste y siempre me trataban así”.

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

117. De tal forma, es posible concluir que en tanto el Estado realizó injerencias sobre su vida privada y familiar y faltó a sus deberes de respeto y garantía sobre aspectos íntimos de la personalidad -como el derecho al nombre- así como factores que abarcan su interrelación con otros -el derecho a la familia-, el Estado violó los artículos 11.2, 17, 18 y 19 de la Convención Americana. Además, a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte reitera la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en la Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de niños y niñas¹⁷⁵, que incluía la alteración de la identidad de los mismos. En conclusión, atendiendo al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 29.c de dicho instrumento y del artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal considera que el conjunto de violaciones de la Convención Americana establecidas en el presente caso configuran una afectación o pérdida del derecho a la identidad de Gregoria Herminia Contreras.

118. En cuanto al alegato de los representantes que en el presente caso debe establecerse dicha violación también en perjuicio de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, la Corte considera que el análisis de la violación de este derecho debe hacerse únicamente con respecto a Gregoria Herminia Contreras, pues aún cuando se ha establecido que “de un total de 222 jóvenes reencontrados con sus familiares, al 69 por ciento de ellos les fue alterado su nombre de origen”¹⁷⁶, no es posible aplicar una presunción para establecer la violación del derecho al nombre y a la identidad en todos los casos. En este supuesto la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, pues se requiere prueba sobre las violaciones alegadas.

175. *Cfr., mutatis mutandi, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, párr. 191; *Caso Gelman, supra* nota 16, nota al pie 127, y *Caso Masacre de las Dos Erres, supra* nota 150, párr. 199

176. Peritaje rendido por Ana Georgina Ramos de Villalta, *supra* nota 35, (expediente de prueba, tomo XI, affidávits, folio 7535).

2. DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y A LA LIBERTAD PERSONAL DE JESÚS RAVELO, GUSTAVO RAVELO, LUISA DEL CARMEN BARRIOS, ELBIRA BARRIOS, JORGE ANTONIO BARRIOS ORTUÑO, RIGOBERTO BARRIOS Y OSCAR JOSÉ BARRIOS, Y DERECHOS DEL NIÑO DE JORGE ANTONIO BARRIOS ORTUÑO, RIGOBERTO BARRIOS Y OSCAR JOSÉ BARRIOS

(...)

iii. Consideraciones de la Corte

75. El Tribunal ha considerado que para los efectos del artículo 7 de la Convención, una detención, sea ésta por un período breve, o una “demora”, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención⁸⁹. Corresponde a este Tribunal, por consiguiente, verificar los criterios para la privación de libertad conforme la legislación venezolana, a fin de establecer la convencionalidad de la detención.

(...)

81. Adicionalmente, el 19 de junio de 2004, los niños Jorge Antonio Barrios Ortuño y Oscar José Barrios fueron detenidos y agredidos por agentes policiales en el Comando de Policía de Barbacoas (*supra* párr. 74). Oscar José Barrios declaró que durante esa detención los funcionarios policiales los “amenazaron [a él y a Jorge Antonio Barrios Ortuño y que uno de ellos le] decía que [le] tenía que matar y agarraba su arma sin bala y [se la] ponía en la cabeza”⁹³. El Estado no ha presentado alegatos o información sobre estos hechos.

82. La Corte ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal. Asimismo, crear una situación amenazante o amenazar a un individuo con quitarle la vida puede constituir, en

89. Cfr. *Caso Torres Millacura y otros*, *supra* nota 41, párr. 76.

93. Cfr. *Acta de entrevista a Oscar José Barrios de 22 de febrero de 2005*, *supra* nota 87, folio 3457.

94. Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 43, párr. 165, y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 108

algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano⁹⁴. En el presente caso, al momento de la ocurrencia de estos hechos, dos integrantes de la familia Barrios ya habían sido privados de la vida por funcionarios policiales (*supra* párrs. 62 y 63), de manera que las amenazas con armas de fuego contra la vida de los niños y las agresiones mientras estaban privados de libertad necesariamente les provocó sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad, lo cual constituyó una violación a la integridad personal.

(...)

85. Asimismo, la obligación del Estado de respetar los derechos a la libertad y a la integridad de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de niños, como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño; y se transforma en una obligación de “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”⁹⁷. En ese sentido, la Corte ha señalado que conforme a su jurisprudencia y otros instrumentos internacionales, la detención de niños “debe ser excepcional y por el período más breve posible” (*supra* párr. 55). Al respecto, el Tribunal observa que Rigoberto Barrios, Oscar José Barrios y Jorge Antonio Barrios Ortuño eran niños al momento de los hechos, de modo que las detenciones, agresiones y amenazas de las cuales fueron víctimas revistieron de mayor gravedad y se manifestaron incluso en su forma más extrema, al ser éstas amenazas de muerte⁹⁸. En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la protección especial por su condición de niños, de Rigoberto Barrios, Oscar José Barrios y Jorge Antonio Barrios Ortuño, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

(...)

96. Con base en lo anterior, el Tribunal considera que el Estado violó los derechos a la integridad personal y a la vida, derivados de los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, leídos conjuntamente con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Rigoberto Barrios. Asimismo, dado que la víctima era niño al momento del atentado que resultó en su muerte, y teniendo en cuenta el deber especial de protección del Estado (*supra* párr. 55), éste violó el artículo 19 de la Convención Americana en su perjuicio, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

97. Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 55, párr. 138, y *Caso de “la Masacre de Mapiripán”*, *supra* nota 38, párr. 171.

98. 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. 162, y *Caso Valle Jaramillo y otros*, *supra* nota 94, párr. 109

4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LAS PRESUNCIONES DE RIESGO

Alegatos de las partes

100. La Comisión alegó que el interés superior del niño “constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa”, mas “la falta de adecuación o relación de causalidad entre ese fin nominal y la distinción, resulta evidente de la misma motivación especulativa y abstracta de las sentencias”.

101. La Comisión manifestó que “ambas autoridades judiciales [(la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica)] se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”. Al respecto, arguyó que “la decisión [de la Corte Suprema] tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo”.

102. Los representantes argumentaron que el interés superior de las niñas “[e]fectivamente, en teoría [...] sería un fin legítimo”. Sin embargo, manifestaron que “[n]o basta [...] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real”. En este sentido, alegaron que “el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo”.

103. Los representantes también señalaron que “corresponde observar si la separación completa de la madre cumple con el objetivo declarado de proteger los derechos de las niñas”. Al respecto, alegaron que podría “estimarse que sí lo hace aunque de un modo que no satisface el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues el nivel de intensidad con que se afecta[ría]n los derechos [sería] ciertamente muy alto, y se genera[ría]n con ello vulneraciones de sus derechos”. En concreto, indicaron que las decisiones judiciales “separ[aron] a las niñas de su figura materna, su referente, su lugar de residencia, colegios, amigos y mascotas”. Por otra parte, los representantes manifestaron que el Estado “reescribe la sentencia que hubiera querido que la Corte Suprema escribiera, pero no es la que origina este proceso”.

104. Respecto a la decisión de tuición provisional, los representantes argumentaron que “constituía una discriminación” ya que “no era objetiva ni razonable”. Además, alegaron que el “juez asumió que vivir con una pareja en el caso de mujeres lesbianas es un interés egoísta que solo puede traer bienestar a la madre”.

105. Por su parte, el Estado manifestó que en el marco de un proceso de custodia se establece “una prioridad a favor del interés superior del niño por sobre cualquier otro interés protegido en conflicto, [por lo que] resulta evidente que en un juicio de custodia debe necesariamente entender el referido interés como causal calificada que autoriza la modificación del régimen de cuidado personal” del niño. Concretamente, el Estado alegó que “la sentencia de la Corte Suprema resolvió que los tribunales inferiores incurrieron en falta o abuso grave al infringir las reglas de apreciación de la prueba, afectando el interés superior de las niñas”. Por otra parte, el Estado indicó que en la decisión de tuición provisoria “el tribunal declaró [...] que es tarea del sentenciador asegurar el interés superior del niño y procurar su máximo bienestar [...] y en consecuencia resolvió conceder la solicitud de custodia provisoria en favor del padre”. Además, argumentó que “la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [...], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado”.

106. El Estado señaló que “en relación a la ‘adecuación’ que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] el haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas”. En concreto, el Estado alegó que “existe abundante prueba en autos que acredita[rían]: i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía [para] su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada”. Además, arguyó que “exist[ía] evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de las hijas”. Igualmente, manifestó que “existió abundante prueba en autos, no sólo sobre los efectos negativos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, sino también sobre circunstancias totalmente ajenas, tales como la determinación del padre o madre que ofrecía un mejor ambiente para el desarrollo de las niñas y un mayor grado de compromiso y atención hacia las mismas”.

Consideraciones de la Corte

107. La Corte Interamericana constata que, entre sus consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de Chile indicó 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[s] de sus padres”¹²⁰. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, manifestó que “es tarea del sentenciador asegurar [...] el interés superior del niño, lo que importa realizar un análisis preventivo o anticipado conducente al fin último que ha de tenerse en cualquier resolución judicial que afecte a un menor [de edad] y que no es otro que procurar su máximo bienestar”¹²¹.

108. 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 potencialidades¹²². 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”¹²³.

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia¹²⁴.

120. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2670).

121. 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, folio 2566).

122. 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.

123. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 60.

124. 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,

110. 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 persona¹²⁵. 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.

111. 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 niño¹²⁶. 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 niños¹²⁷.

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).

125. 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.

126. 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”.

127. 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.

112. Por otra parte, el Tribunal resalta que, si bien dentro del proceso de tuición se produjo prueba relacionada con algunos alegatos específicos del Estado sobre como el padre presuntamente ofrecería un mejor ambiente para las niñas, la Corte sólo tomará en cuenta, para el análisis de la adecuación de la medida, aquellas pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria (*supra* párrs. 41 y 56).

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala¹²⁸; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo¹²⁹; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas¹³⁰, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre¹³¹. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y que al “haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] 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 deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja”¹³². La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (*supra* párr. 41), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

128. 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).

129. 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).

130. 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).

131. 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).

132. La Corte Suprema 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, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2672 y 2673).

114. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procede a analizar si dichos argumentos eran adecuados para cumplir con la finalidad declarada por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, es decir, la protección del interés superior de las tres niñas.

114.1. *Presunta discriminación social*

115. La Corte observa que entre los testimonios recabados en el proceso, una de las testigos manifestó que "se ha producido una discriminación en contra de las niñas, pero no a nivel de [los] niños, sino de los padres, quienes reprimen a los niños, no me consta que hayan hechos concretos de discriminación pero pusieron como ejemplo, que si se hacía una pijamada en la casa de [K]aren no le darían permiso a sus hijas para ir"¹³³. Asimismo, algunos de los testigos indicaron que: i) "que las niñas van a ser discriminadas y afectadas en sus relaciones sociales"¹³⁴; ii) "en el ambiente del colegio y de sus pares [...] ellas están siendo señaladas, me preocupa que por vivir en [esta] ciudad tan pequeña, esta situación sea complicada"¹³⁵, y iii) "los padres de los compañeros de colegio y [los] amiguitos toman actitudes de 'protección' de sus hijos respecto de esta situación que la ven como contradictoria con la formación que ellos le proporcionan a sus hijos y eso necesariamente debe generar situaciones negativas y de aislamiento respecto a las niñas, cosa que de acuerdo a lo me han comentado lamentablemente está ocurriendo"¹³⁶.

116. Asimismo, la asistente social que declaró en el proceso indicó que "en Chile según un estudio [...] sobre la tolerancia y la discriminación [del] año 1997, se llegó a la conclusión que los chilenos poseen un alto rechazo hacia las minorías homosexuales[,] un 60.2% fue la carga valórica de este rechazo. [Con] base [en] lo anterior, y en conocimiento de esta alta discriminación[,] se estaría exponiendo a estas menores [de edad] a situaciones de discriminación social que ellas no se han buscado"¹³⁷.

117. Por otra parte, la Corte nota que en el expediente de tuición obran ocho declaraciones juradas de padres de compañeros y amigos de las tres niñas en las que se expresa, inter alia, que "jamás h[an] discriminado a [las] hijas [de la señora Atala] en ningún sentido, de manera que [sus] hijos se juntaban, jugaban y participaban de actividades con las niñas López Atala"¹³⁸.

133. Testimonio de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 360).

134. Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 327).

135. Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 328).

136. Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 329).

137. Testimonio de la asistente social de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 390).

138. Declaraciones juradas de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folios 458 a 465).

118. Al respecto, el Tribunal constata que, si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto (*supra* párr. 115, 116 y 117). Sin embargo, la Corte nota que la manera en que planteó la Corte Suprema la posible discriminación social que podrían enfrentar las tres niñas era condicional y abstracta, por cuanto se manifestó que: i) “las niñas podrían ser objeto de discriminación social”, y ii) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia 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”¹³⁹.

119. 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.

120. 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 interracial¹⁴⁰, 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 humanos¹⁴¹.

139. 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).

140. 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”).

141. En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre

121. 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.

122. 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..

4.2. Alegada confusión de roles

123. Sobre la posible confusión de roles que podría producirse en las tres niñas por convivir con su madre y su pareja, la Corte Suprema motivó su decisión señalando que: i) “el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], 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”, y ii) “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 producirse 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 [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”¹⁴².

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso¹⁴³, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a

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.

142. 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).

143. 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* 100, párr. 92.

la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio¹⁴⁴. 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.

125. 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.

126. La jurisprudencia de algunos países, así como numerosos informes científicos, se han referido a esta temática con claridad. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales¹⁴⁵.

144. *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.

145. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010*, 16 de agosto de 2010, párr. 336.

Además, la Suprema Corte indicó, por ejemplo, que:

La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico¹⁴⁶.

127. Por otra parte, diversas sentencias de tribunales internacionales¹⁴⁷ permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales (*supra* párr. 92 y 124).

128. Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños¹⁴⁸. Asimismo, la perita Jernow

147. Cfr. T.E.D.H., *Caso M. y C. Vs. Rumania*, (No. 29032/04), Sentencia de 27 de septiembre de 2011. Final, 27 de diciembre de 2011, párr. 147, y *Caso Palau-Martinez*, *supra* nota 125, donde el Tribunal Europeo estableció que una decisión judicial sobre la entrega de la custodia de menores de edad a una institución estatal no debe tener en cuenta en abstracto los posibles efectos de una determinada condición de los padres en el bienestar del menor de edad, cuando dicha condición se encuentra protegida contra tratos discriminatorios.

148. Cfr. declaración rendida por el perito Rodrigo Uprimny en la audiencia pública realizada el 23 de agosto de 2011, haciendo referencia a: American Psychology Association, *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004. (“No existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores: las madres y los padres homosexuales son tan propensos como las madres y los padres heterosexuales a proporcionar un entorno sano y propicio para sus hijos [y ...] la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales”). Disponible en: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (última visita el 19 de febrero de 2012). Asimismo, ver declaración escrita rendida por la perita

mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres¹⁴⁹.

129. La Corte resalta que la “American Psychological Association”, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”¹⁵⁰. En consecuencia, la perita concluyó que:

Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los siguientes estudios: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, en: *Family Matters* Vol. 63, 2002, Pág. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, en: *Human Reproduction* Vol. 12, 1997, Pág. 1349 y 1350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, *American Journal Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, Pág. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Brewaeys, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, en: *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 73, 2003, Pág. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, Pág. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, en: *Journal of Child Psychology and Psychiatry* Vol. 45, 2004, Pág. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Arauxo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, en: *Avances en salud mental relacional* Vol. 3, 2004. En este estudio se indica que “tampoco se encuentran diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a la calidad con que ejercen su función como padres” y que “la investigación realizada hasta el momento señala de manera unánime que no hay diferencias significativas entre los hijos criados por homosexuales y los hijos criados por heterosexuales en identidad sexual, tipificación sexual, orientación sexual, relaciones sexuales con compañeros y adultos, relaciones de amistad, popularidad”; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», en: M. Gross, *Homoparentalité, état des lieux*, Ed. érès «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005, y Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, en: *American Journal Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, Pág. 203. Cfr: declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5079 y 5080).

149. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011, mencionando los casos *Re K and B and Six Other Applications*, Ontario Supreme Court, 24 de mayo de 1995, párr. 89; *Boots v. Sharrow*, Ontario Supreme Court of Justice, 2004 Can LII 5031, 7 de enero de 2004; *Bubis v. Jones*, Ontario Supreme Court, 2000 Can LII 22571, 10 de abril de 2000, Tribunal Superior de Justicia (Brasil), Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul v. LMGB, 27 de abril de 2010, y Corte Distrital de Porto Alegre (Brasil), Adopción de VLN, No. 1605872, 3 de julio de 2006. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5082 y 5083).

150. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 en la cual se cita: Brief of Amici Curiae presentado por American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, in *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Supreme Court of Arkansas (December 2005) at 10-11 (“The APA has described the studies as ‘impressively consistent in their failure to identify any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household [...] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree’”). Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5081).

cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia¹⁵¹.

130. 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 niñas¹⁵², 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 niñas¹⁵³. 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 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.

131. 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.

151. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow el 16 de septiembre de 2011 (“Where speculation about potential future harm to a child’s development is soundly refuted by all available social science research, such speculation cannot possibly establish the evidentiary basis for a custody determination”). Cfr. Cfr. declaración escrita rendida por la perita Allison Jernow de 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5083).

152. 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).

153. 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).

4.3. Alegado privilegio de intereses

132. La Corte Suprema indicó en su sentencia que “no es 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 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”¹⁵⁴. En igual sentido, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisional, declaró que “la demandada ha[bía] privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que p[odían] afectar el desarrollo posterior de las menores de autos”¹⁵⁵.

133. 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 privada¹⁵⁶.

134. Al respecto, el perito Wintemute manifestó que:

“la jurisprudencia del Tribunal Europeo deja claro que la orientación sexual también incluye la conducta. Esto significa que la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo”¹⁵⁷.

154. 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).

155. 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, folio 2567).

156. 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”).

157. Cfr. declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360). Asimismo, señaló que la Corte Suprema de Canadá en el *Caso Egan v. Canadá* estableció que “[la]

135. 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 sexo¹⁵⁸. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional¹⁵⁹.

136. 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

orientación sexual es más que simplemente un 'estatus' que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja. Justamente como la Carta [Canadiense de Derechos y Libertades] protege las creencias religiosas y la práctica religiosa como aspectos de la libertad de religión, así también debería reconocerse que la orientación sexual abarca aspectos de 'estatus' y 'conducta' y que ambos deberían recibir protección". *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360).

158. 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 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 156*, 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 156*, párr. 36.

159. 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").

sus propias opciones y convicciones¹⁶⁰. 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”¹⁶¹.

137. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que: de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo¹⁶².

138. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (*supra* párrs. 41 y 56).

139. 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 persona¹⁶³, 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.

160. *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.

161. 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).

162. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párrs. 263 y 264.

163. *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Clift*, *supra* nota 101, 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”).

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

4.4. Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”

141. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció “el derecho preferente de las menores [de edad] 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”¹⁶⁴. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó 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, cobran gran importancia”¹⁶⁵.

142. 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 matrimonio¹⁶⁶.

143. 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)¹⁶⁷.

164. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2673).

165. 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, folio 2567).

166. *Opinión Consultiva OC-17/02*, supra nota 122, 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.

167. Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, supra nota 99, párrs. 34 a 36.

144. 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”¹⁶⁸.

145. 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”)¹⁶⁹.

4.5. Conclusión

146. 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 I.I. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

168. T.E.D.H., *Caso Karner*, supra nota 143, 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”).

169. 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 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.

5. TRATO DISCRIMINATORIO EN CONTRA DE LAS NIÑAS M., V. Y R.

Alegatos de las partes

147. La Comisión alegó, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana¹⁷⁰, que “la Corte Suprema vulneró el interés superior de las niñas [...] por la falta de determinaciones basadas en evidencia y en hechos concretos”.

148. Los representantes argumentaron que mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se habría vulnerado el interés superior del niño “al contravenir el derecho de las niñas M., V. y R. a no ser separadas de su familia”. Además, agregaron que los niños no pueden ser discriminados por las condiciones de sus padres.

149. El Estado indicó que las presuntas violaciones en relación con las tres niñas “resultan refutadas desde el momento en que se ha demostrado que dicha sentencia no nace de una discriminación en razón de la orientación sexual, sino del análisis de los hechos concretos que se acreditaron en el juicio de custodia”.

Consideraciones de la Corte

150. La Corte ya ha concluido que tanto la Sentencia de la Corte Suprema como la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica, respecto a la tuición provisoria, constituyeron un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (*supra* párr. 146), por lo que procederá a analizar si dicho trato generó una discriminación, a su vez, a las niñas M., V. y R.. Al respecto, el Tribunal considera que la prohibición de discriminación, en casos en que se relacionen menores de edad, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición,

170. El artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

151. Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales¹⁷¹.

152. Por otra parte, respecto a la relación del interés superior del niño y la prohibición de discriminación el perito Cillero Bruñol señaló que:

“una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión prima facie, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre”¹⁷².

153. Por su parte, el perito Wintemute resaltó que:

“la discriminación basada en [...] la orientación sexual de los padres del niño nunca protege el interés superior del niño”¹⁷³.

154. 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 niño¹⁷⁴.

171. *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

172. Declaración escrita rendida por el perito Miguel Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folio 929)

173. Declaración escrita rendida por el perito Robert Wintemute el 16 de septiembre de 2011 (expediente de fondo, tomo XI, folio 5355).

174. Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párr: 137, opinión 2.

155. 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 I.I. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R..

(...)

Consideraciones de la Corte

196. 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 concreto²¹⁶. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.I 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 Niño²¹⁷, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser 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 genuino²¹⁸.

(...)

216. *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

217. 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).

218. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, 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.

198. 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”²²⁰; 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”²²¹; 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”²²²; 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”²²³, 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”²²⁴.

(...)

200.⁹⁶ 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 niño²²⁷. 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 caso²²⁸. 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 cuestión²²⁹. 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 decisiones²³⁰.

220. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 20

221. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 21

222. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 25

223. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 28

224. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 30

227. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 15.

228. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

229. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 44.

230. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

(...)

206. Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. En este sentido, el perito García Méndez expresó que:

En cualquier tipo de controversia entre la opinión de los niños y la autoridad parental o las autoridades institucionales, [...] la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente.

Es decir, lo que significa esto es que [...] hay que construir en forma muy sofisticada, argumentos para eventualmente oponerse a lo que sea esta opinión de los niños. [...] la opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda²³⁷.

237. Declaración del perito García Méndez en la audiencia pública celebrada en el presente caso el 23 de agosto de 2011.



D. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

i) Consideraciones de la Comisión

112. Respecto a la presunta violación del artículo 17 de la Convención⁸⁸, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, la Comisión Interamericana indicó, *inter alia*, que los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar; y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley, lo cual no fue cumplido en el caso, ya que el señor Fornerón manifestó su oposición a la guarda, y no consta que haya una declaración de incapacidad que hubiese obviado este requerimiento o el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 317 del Código Civil argentino. En consecuencia, la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial, y posteriormente una adopción, en oposición a la voluntad del padre biológico y sin constatar los demás requisitos legales, constituyó “una restricción ilegítima del derecho de familia” del señor Fornerón y de su hija. Dicha decisión, sin haber asegurado debidamente el “acceso del padre a la niña”, no solo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo de que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña.

113. Adicionalmente, la Comisión afirmó que el Estado no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, por lo que la niña ha sido privada de su derecho a acceder a diversos aspectos de su identidad, de contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad. En este sentido, la conducta de las autoridades internas que otorgaron la guarda y la adopción comprometió la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la familia y a la identidad. Concluyó que la decisión del Estado de separar a M de su padre biológico, sin dar acceso a un régimen de convivencia, violó el derecho de familia de la niña y del señor Fornerón, contenido en el artículo 17 de la Convención, en relación con los derechos establecidos en los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento.

88. El artículo 17 de la Convención Americana establece en lo pertinente: I. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

ii) Alegatos de las representantes y del Estado

114. Las representantes manifestaron que M fue “sometida a una de las interferencias más graves [...] la que tiene por resultado la división de una familia despojándola del disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos [...] y de ser educada y criada por su padre. [S]u origen aún le es negado, cercenándole las relaciones familiares”. Indicaron que la separación de un niño de su familia biológica solo procede en circunstancias excepcionales; el Estado debe procurar preservar el vínculo, y su intervención debe ser temporal y tendiente a reincorporar la niña a su familia tan pronto lo permitan las circunstancias. Asimismo, la niña “fue separada de su padre no existiendo causa alguna”, ni habiéndolo consentido el señor Fornerón en los más de 10 años de duración de los procesos. Las mencionadas decisiones judiciales impidieron “el acceso y el respeto [...] a la convivencia familiar, siendo [la niña] privada de su derecho de acceder a su identidad y a contar con información significativa para insertarse con su familia de origen”. Asimismo, “colocaron hasta el presente al señor Fornerón [...] en una situación de desventaja” en relación con el matrimonio que obtuvo la guarda. Sostuvieron que “la ley argentina no exige otro requisito para confirmar la paternidad y la titularidad de los derechos y obligaciones de la patria potestad [que] el reconocimiento”, por lo que el Poder Judicial debió restituírle la niña una vez que el padre la reconoció en julio de 2000. Manifestaron que “la niña está obligada a vivir con una familia que no es su familia, con un nombre distinto al de su padre, es la hija del proyecto de otro” y que “el derecho del niño es ante todo el derecho a adquirir y a desarrollar una identidad y consecuentemente a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”. Concluyeron que la decisión del Estado de separar a la niña de su padre sin otorgar un régimen de visitas violó el derecho de familia de M y del señor Fornerón, reconocidos en los artículos 17, 19 y I.1 de la Convención.

115. El Estado afirmó que su posición dialoguista se vio plasmada en manifestaciones de alto nivel político del Poder Ejecutivo que incluían, además de dos Ministros de Justicia, a la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia al expresar que la actuación de la Justicia imposibilitó a ambos conformar una familia. Añadió que “el reconocimiento del señor Fornerón hizo surgir derechos y obligaciones como padre de la niña” y que el padre se opuso a la guarda pre-adoptiva y al proceso de adopción. Consideró que Argentina llevó a cabo todas las acciones posibles para alcanzar una solución amistosa con las partes, centrándose en el acercamiento entre el padre biológico y la niña, siempre en consideración de su interés superior.

iii) *Consideraciones de la Corte*

116. 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 familiar⁸⁹. 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 familia⁹⁰, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales⁹¹ (*supra* párr. 47).

117. 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.

118. 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.

119. 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 biológica⁹², 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.

89. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 51, párr. 66, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 50, párr. 169.

90. 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.

91. Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 51, párr. 77, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 125.

92. Cfr. Dictamen del perito García Méndez rendido en audiencia pública.

120. 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.

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

122. 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 posibilidad⁹³. 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.

93. 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.

123. 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 caso⁹⁴. 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 niñez⁹⁵. 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.

124. 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.

94. *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.

95. Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, supra nota 94, párr. 113.

E. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

i) *Consideraciones de la Comisión*

125. En relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana⁹⁶, en su Informe No. 83/10 la Comisión Interamericana indicó que, “[a]unque los peticionarios no presentaron un reclamo bajo dicho artículo [ante aquel órgano], con base en los elementos de hecho y de derecho presentados por las partes en el proceso contradictorio, [encontró] necesario analizar su aplicación *iura novit curia*”. Señaló que existían indicios importantes de que había habido una transacción en el marco del nacimiento de M y que en el “esquema de obligaciones internacionales que tiene el Estado [...] debió haberse investigado”. Sin embargo, la Comisión consideró probado que “no existe en Argentina una legislación que sancione la venta de niños en el ámbito penal”. Indicó que la Convención sobre los Derechos del Niño, que es parte del *corpus juris* que se incorpora al artículo 19 de la Convención Americana, establece en su artículo 35 que los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional que sean necesarias para impedir, entre otros, “la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Por su parte, el artículo 2 del Protocolo Facultativo de dicha convención, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía incluyó una definición de venta. La Comisión señaló que el Estado tenía la obligación en virtud del artículo 2, en relación con los artículos 1.1 y 19, de la Convención Americana, de adoptar las medidas legislativas para prevenir la venta de niños en su territorio y no lo ha hecho. Lo anterior implicó que no se investigara con la debida diligencia lo alegado por el señor Fornerón y luego por el Ministerio Público, de que la niña M “podría haber sido víctima de un acto de tráfico de niños”. Con base en lo anterior, la Comisión concluyó que el Estado violó el artículo 2, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Fornerón y su hija.

ii) *Alegatos de las representantes y del Estado*

126. Las representantes alegaron que el Estado “no cumplió con la obligación de adoptar las medidas legislativas, judiciales y de otro carácter para prevenir la venta de niños en su territorio; porque no se investigó ni se sancionó a los participantes del hecho de tráfico [del] que fue[ron] víctima[s] la niña y su padre”. Manifestaron que “esta violación de derechos

96. El artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

se inici[ó] aún antes del nacimiento de [M], porque en Argentina esta[ba]n dadas todas las condiciones de impunidad para que eso suceda. El Estado “tenía y tiene la responsabilidad de proteger a los niños y niñas de su territorio, de prevenir, investigar y sancionar el tráfico de niños y niñas” y que no haberlo hecho “continúa generando la creación de un riesgo, promoviendo la impunidad y agravando su responsabilidad”.

127. El Estado, entre otros argumentos, destacó las diversas acciones legislativas que han provocado “un vuelco importante no sólo en los estándares legales [del] país sino también en [...] la jurisprudencia”, entre las cuales mencionó: a) la sanción de la ley No. 25.854 que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y sus decretos reglamentarios, en particular, aquel que crea la red informática que interconecta los 24 registros provinciales, y b) la sanción de la ley No. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Asimismo, destacó que dicho marco normativo fue establecido luego de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tuviera lugar con la sanción de la ley No. 23.849. Esta Convención “resulta fundante para toda la legislación en materia de infancia, a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la que le dio rango constitucional a aquella, al incorporarla expresamente en el artículo 75 [inciso] 22”. Además, informó que se creó en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un grupo de trabajo en el cual participan magistrados del Poder Judicial, funcionarios del Ministerio Público de la Defensa y de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, donde se ha acordado elaborar un proyecto que prohíba taxativamente las entregas directas de guardas con fines adoptivos.

128. Adicionalmente, el Estado indicó que consideraba improcedente cualquier manifestación conducente a identificar los hechos del caso como situaciones relacionadas a tráfico o venta de niños, ello en virtud de la inexistencia de elementos en el caso que lo acrediten. Sin perjuicio de ello, manifestó que el Estado se encuentra “en abierta alineación con la corriente internacional que impone la criminalización de estos delitos [impulsando] medidas legislativas tendientes a combatirlo[s]”. Por otra parte, observó que existen confusiones en relación con la compraventa, apropiación y tráfico de niños. Así, mencionó que en la legislación Argentina el tráfico ilegal de personas es un delito migratorio, mientras que algunas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales “suelen recurrir al concepto [de] tráfico de niños, al referirse a situaciones de compraventa de niños como la ocurrida en los hechos que motivan la pretensión de las representantes, y que de ningún modo el Estado [...] reconoció que se materializaran en forma sistemática en [Argentina]”.

iii) *Consideraciones de la Corte*

129. La Corte Interamericana estima conveniente aclarar que si bien existen diversos e importantes indicios, señalados incluso por las autoridades internas (infra párrs. 132 a 134), que avalan la posibilidad de que M haya sido entregada por su madre a cambio de dinero, los mismos no resultan suficientes para que este Tribunal llegue a una conclusión sobre ese hecho. La ausencia de una investigación penal tuvo un rol fundamental en la falta de determinación de lo ocurrido con la niña.

130. Este Tribunal ha afirmado en otras oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos⁹⁷.

131. La Corte Interamericana ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro⁹⁸. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno ha implicado, en ciertas ocasiones, la obligación por parte del Estado de tipificar penalmente determinadas conductas⁹⁹.

97. Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

98. Cfr. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, *supra* nota 87, párr. 122, y *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 85.

99. Cfr., a modo de ejemplo, respecto de la desaparición forzada de personas, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá supra* nota 97, párr. 185, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párrs. 66 y 165.

132. En el presente caso, 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 fiscal indicó que “habría existido presuntamente una maniobra de compra-venta de bebé”, describió los hechos a ser investigados y señaló que detrás de la madre de la niña “se mueven otras personas con mayores influencias, con mayor poderío económico, personas que tal vez estén organizadas para captar embarazadas jóvenes, solteras y humildes y contactarlas con matrimonios de solvencia material que pagan para hacerse de los hijos de estas mujeres”¹⁰⁰.

133. Por su parte, el Juez de Instrucción afirmó¹⁰¹:

[c]oincidió por otra parte, con las afirmaciones del [señor] Agente Fiscal en cuanto a que detrás de todo lo actuado existe un conglomerado de intereses fundamentalmente de naturaleza económica, dentro del cual, los más poderosos se organizan para captar mujeres embarazadas, jóvenes, solteras (vg: las más débiles y necesitadas) a fin de que éstas, por un dinero que nunca es tanto como el que reciben quienes lucran con dicha intermediación, entreguen el fruto de la concepción a matrimonios con carencias afectivas dispuestas a adoptar a los recién nacidos y pagar por ello.

Dentro de esta realidad que lacera el corazón de quienes aún creemos contar con una pizca de sensibilidad ante lo que lisa y llanamente debemos calificar de explotaciones humanas, de cuya realización son vehículos además profesionales del derecho y de la salud, se enmarca la situación descrita en autos[.]

134. A pesar de ello, la investigación penal fue archivada en dos oportunidades sin determinar si efectivamente ocurrió una “venta” (supra párrs. 28 a 30), dado que a criterio del Juez de Instrucción y la Cámara en lo Criminal intervinientes los hechos relativos a la alegada “venta” de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. En su segunda decisión de archivo, el Juez de Instrucción señaló, entre otras consideraciones¹⁰², que:

el tráfico de bebés no se halla tipificado en nuestro Código Penal pudiendo ser sancionado únicamente como un atentado al estado civil e identidad de las personas (esto último a partir de la sanción de la Ley [No.] 24.410), siempre y cuando, que los compradores los inscriban en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como “hijos propios”, cambiando una filiación por otra (equivalente de suprimir).

100. Requerimiento de Instrucción Fiscal de 2 de agosto de 2000 (expediente de anexos al Informe de Fondo, anexo 7, folios 55 y 57)

101. Resolución del Juez de Instrucción de 4 de agosto de 2000 (expediente de anexos al Informe de Fondo, anexo 8, folios 63 a 65).

102. Resolución del Juez de Instrucción de 31 de enero de 2001 (expediente de anexos al Informe de Fondo, anexo 11, folios 89, 92 y 96).

El hecho no acreditado aunque siempre presumido de la existencia de dinero de por medio en la entrega de recién nacidos, no es delito del Código Penal, independientemente de los prejuicios que desde la moral y la ética pudieran tenerse para ese tipo de actitudes, bastante frecuentes en la actualidad, tales no representan conductas típicas en tanto y en cuanto la entrega del recién nacido se haga bajo todas las formalidades legales, tal como ha ocurrido en el caso de marras.

[E]s cierto y así lo he sostenido en el fallo revocado [...] que al amparo de las necesidades económicas por un lado (de la madre soltera generalmente) y afectivas por otro (de quienes pretende[n] adoptar una criatura a toda costa incluyendo pagar por ello), se mueven intereses espurios de personajes [muy] conocidos en comunidades pequeñas como éstas, que a sabiendas de tantas penurias se aprovechan con ánimo de lucro de contactar a unos y otros, llevándose con algún socio la tajada mayor y convencidos tal vez, de haber hecho un bien a las partes y quedar por ende a reparo del reproche de sus conciencias. Pero de ahí [a] sostener que tales comportamientos son delictivos, existe un abismo.

[E]l hecho denunciado no encuadra en figura penal alguna, conclusión que cierra definitiva e irrevocablemente la misma, por vía de archivo[. S]e concluye que más allá de los reparos de otra naturaleza que he señalado precedentemente, no existe conducta delictiva a investigar[.]

135. La Cámara en lo Criminal confirmó el archivo y, entre otras consideraciones¹⁰³, señaló que:

la reforma [del Código Penal introducida por la ley No. 24.410 que modificó los artículos discutidos en la investigación judicial] no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega de niños, con fines benévolos o humanitarios.

136. Este Tribunal, con fundamento en el artículo 58.b de su Reglamento, solicitó al Estado que informara si el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o compensación económica constituía una infracción penal en el derecho interno. Argentina, luego de solicitar una prórroga que fue concedida, no remitió la información solicitada como prueba para mejor resolver. Dos meses y medio después de vencido el plazo original y más de un mes de vencido el plazo prorrogado, el Estado remitió información relacionada con la solicitud de esta Corte, la cual no fue admitida por extemporánea (*supra* párrs. 7 y 12).

103. Resolución de la Cámara en lo Criminal de Gualeguay de 26 de abril de 2001 (expediente de anexos al Informe de Fondo, anexo 13, folio 112).

137. Como lo ha señalado este Tribunal, tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹⁰⁴.

138. 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.

139. De la lectura conjunta de ambas disposiciones surge que 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.

140. La Corte considera que la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos¹⁰⁵. 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

104. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, supra nota 49, párr. 194 y, en similar sentido, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, supra nota 94, párr. 107.

105. *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.

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”¹⁰⁶.

141. 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.

142. Por otra parte, la obligación de prohibir penalmente toda venta de niños y niñas ha sido afirmada por el Estado al ratificar, el 25 de septiembre de 2003, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. En esa ocasión, Argentina realizó, entre otras, una declaración interpretativa indicando su preferencia por una definición más amplia de venta que aquella prevista en el Artículo 2 del Protocolo¹⁰⁷, señalando además que “la venta de niños debe ser penalizada en todos los casos y no solo en aquellos enumerados en el artículo 3 párrafo 1.a [del Protocolo mencionado]”¹⁰⁸.

106. 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 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”).

107. El artículo 2 de dicho Protocolo define la venta de niños de la siguiente manera:

A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución[.]

108. En esa declaración Argentina indicó: “[w]ith reference to article 2, the Argentine Republic would prefer a broader definition of sale of children[.] [T]he Argentine Republic believes that the sale of children should be criminalized in all cases and not only in those enumerated in article 3, paragraph 1 (a)”. Colección de Tratados de las Naciones Unidas; Estado de los tratados, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en.

143. La Corte observa que varios Estados de la región han tipificado la venta de niños, niñas y adolescentes¹⁰⁹. Asimismo, la consideración de la venta de una persona como un crimen es, incluso, conforme con el derecho interno argentino. En efecto, el artículo 15 de la Constitución Nacional argentina, entre otras disposiciones, establece que:

[t]odo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice.

144. El Estado no investigó la alegada “venta” de M al matrimonio B-Z, dado que, como ha sido expresado entre otras autoridades por el Juez de Instrucción y por la Cámara de Apelaciones que intervinieron en la causa iniciada, tal hecho no configuraba una infracción penal. Ello a pesar que para entonces existía la obligación del Estado de adoptar todas las medidas, entre otras penales, para impedir la venta de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin. Con base a lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de

Por su parte, el artículo 3 de dicho Protocolo establece, en lo pertinente, que:

I. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a.Explotación sexual del niño;

b.Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c.Trabajo forzoso del niño[.]

109. Cfr. Brasil, *Lei N. 8.069, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*; publicada el 16 de julio de 1990 y rectificada el 27 de septiembre de 1990, artículo 238 (Prometer o efectuar la entrega de un hijo o pupilo a tercero, mediante pago o recompensa. Pena: reclusión de uno a cuatro años. Párrafo único. Incurrir en las mismas penas quien ofrece o efectúa el pago o recompensa) (traducción de la Secretaría de la Corte); Costa Rica, Código Penal, artículo 376 (Pena por tráfico de personas menores. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien venda, promueva o facilite la venta de una persona menor de edad y perciba por ello cualquier tipo de pago, gratificación, recompensa económica o de otra naturaleza. Igual pena se impondrá a quien pague, gratifique o recompense con el fin de recibir a la persona menor de edad. La prisión será de cuatro a seis años cuando el autor sea un ascendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, el encargado de la guarda, custodia o cualquier persona que ejerza la representación de la persona menor de edad. Igual pena se impondrá al profesional o funcionario público que venda, promueva, facilite o legitime por medio de cualquier acto la venta de la persona menor. Al profesional y al funcionario público se le impondrá también inhabilitación de dos a seis años para el ejercicio de la profesión u oficio en que se produjo el hecho), y Venezuela, *Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes*; publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.859* de 10 de diciembre de 2007, artículo 267 (Lucro por entrega de niños, niñas o adolescentes. Quien prometa o entregue un hijo, hija, pupilo, pupila o a un niño, niña o adolescente bajo su Responsabilidad de Crianza a un tercero, mediante pago o recompensa, será penado o penada con prisión de dos a seis años. Quien ofrezca o efectúe el pago o recompensa incurre en la misma pena). Normas similares se encuentran, entre otros países, en El Salvador (Código Penal, artículo 367) y en la República Dominicana (*Ley 136-03, Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*; publicado en *Gaceta Oficial No. 10234*, del 7 de agosto de 2003, artículo 404). Asimismo, se sanciona penalmente la venta de niños en relación con procesos de adopción, entre otros países, en Guatemala (Decreto 9-2009. *Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas*, 20 de marzo de 2009; publicado en el *Diario Oficial*, Tomo CCLXXXVI No. 49, arts. 47 y 53, añadiendo los artículos 241 bis y el 202.3 al Código Penal); Panamá (*Ley 79 de 2011 sobre Trata de Personas y Actividades Conexas*, 15 de noviembre de 2011, *Gaceta 26912*, artículos. 4 y 64, añadiendo el artículo 457-A al Código Penal) y Paraguay (*Ley No. 1.160/97*, 16 de octubre de 1997, artículo 223).

adoptar las disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón.

VII

INTEGRIDAD PERSONAL, GARANTÍAS JUDICIALES, PROTECCIÓN JUDICIAL, DERECHO A LA PROPIEDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA EN RELACION CON LOS DERECHOS DEL NIÑO, LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

121. Este capítulo inicia con unas consideraciones previas sobre la mayoría de edad de Sebastián Furlan, los derechos de las niñas y los niños, y las personas con discapacidad. Posteriormente se analizarán las controversias sobre el respeto del plazo razonable²⁴⁴ en el proceso civil llevado a cabo, para luego precisar lo pertinente respecto a los derechos a la protección judicial²⁴⁵ y a la propiedad²⁴⁶, otras garantías judiciales en controversia, el derecho a la integridad personal²⁴⁷, y el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones de respeto y garantía, particularmente, el principio de no discriminación²⁴⁸.

A) Consideración previa sobre mayoría de edad de Sebastián Furlan

122. Los representantes solicitaron que “a [...] fines del presente caso, Sebastián Furlan [sea] considerado niño hasta los 21 años de edad”, por cuanto la normatividad argentina vigente “en el momento de los hechos, establecía que la mayoría de edad se adquiría a los 21 años”. La Comisión y el Estado no presentaron argumentos sobre este punto.

244. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece en lo pertinente que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]”.

245. El artículo 25.1 de la Convención Americana establece en lo pertinente que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. El artículo 25.2.c) de la Convención establece que los Estados se comprometen a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

246. El artículo 21.1 de la Convención establece que: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

247. El artículo 5.1 de la Convención Americana establece, en lo pertinente, que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

248. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece “[l]os Estados Partes en [la] Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

123. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que, en términos generales, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad²⁴⁹. No obstante lo anterior, el Tribunal tiene en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el artículo 126 del Código Civil de Argentina que establecía que eran “menores [de edad] las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”²⁵⁰, razón por la cual en aplicación del principio *pro persona* (artículo 29.b de la Convención) se entenderá que Sebastián Furlan adquirió la mayoría de edad sólo al cumplir los 21 años de edad, es decir, el 6 de junio de 1995.

B) Consideraciones previas sobre los derechos de los niños y las niñas, y las personas con discapacidad

124. De manera previa, la Corte resalta que en el presente caso las alegadas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana se enmarcan en el hecho que Sebastián Furlan era un niño al momento del accidente y que, posteriormente, dicho accidente desencadenó que fuera un adulto con discapacidad. Teniendo en cuenta estos dos hechos, el Tribunal considera que las presuntas vulneraciones deben ser analizadas a la luz:

i) del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas, y ii) los estándares internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. Estos dos marcos jurídicos deberán tenerse en cuenta de manera transversal en el análisis del presente caso.

B.1) Derechos de las niñas y los niños

125. A lo largo de la presente Sentencia el Tribunal analizará las presuntas violaciones a derechos en los cuales se encuentra involucrado un menor de edad, por lo que lo examinará “a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas”²⁵¹. 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 las niñas y los niños²⁵². Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas

249. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

250. Artículo 126 del Código Civil de Argentina, antes de la reforma realizada por la Ley 26.579, sancionada el 2 de diciembre de 2009 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, folio 3154).

251. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 44.

252. 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, párr. 194, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 44.

especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto²⁵³. 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 pertenece²⁵⁴.

126. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia²⁵⁵. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”²⁵⁶. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña²⁵⁷.

127. Asimismo, 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 encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades²⁵⁸.

253. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 44.

254. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 62, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 45.

255. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 48.

256. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 60, y *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 108.

257. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 61, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 45.

258. 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, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 51.

B.2) Niñas y niños, y personas con discapacidad

128. Desde los inicios del Sistema Interamericano, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad²⁵⁹.

129. En décadas posteriores, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”²⁶⁰), en su artículo 18, señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

130. Posteriormente, en 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad²⁶¹ (en adelante “CIADDIS”), la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”. Asimismo, dicha Convención consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”²⁶². Esta Convención fue ratificada por

259. El Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

260. El Artículo 18 (Protección de los Minusválidos) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, establece: Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; y d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

261. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, AG/RES. 1608 (XXIX-O/99).

262. Artículo II de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Argentina el 10 de enero de 2001²⁶³. Recientemente, se aprobó en la Asamblea General de la OEA la “Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)”²⁶⁴.

131. Por su parte, el 3 de mayo de 2008 entró en vigor, en el sistema universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”), la cual establece los siguientes principios rectores en la materia²⁶⁵: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Dicha Convención fue ratificada por Argentina el 2 de septiembre de 2008²⁶⁶.

132. LA CIADDIS define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”²⁶⁷. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”²⁶⁸.

133. Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad

263. Información disponible en la página web del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos en el enlace: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html>, consultado por última vez el 31 de agosto de 2012. Ver asimismo, expediente de fondo, tomo II, folio 225.

264. AG/DEC. 50 (XXXVI-O/06) Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006. Dicha resolución se adoptó bajo “el lema: “Igualdad, Dignidad y Participación”, con los objetivos de lograr el reconocimiento y el ejercicio pleno de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y su derecho a participar plenamente en la vida económica, social, cultural y política y en el desarrollo de sus sociedades, sin discriminación y en pie de igualdad con los demás.

265. Cfr. Artículo 3 de la CDPD.

266. Información disponible en la página web de Naciones Unidas en el enlace http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en, consultado por última vez el 31 de agosto de 2012. Dicha Convención fue aprobada mediante la Ley 26.378, la cual fue sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio de 2008 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, folio 3233).

267. Artículo I de la CIADDIS.

268. Artículo I de la CDPD.

no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras²⁶⁹, barreras físicas o arquitectónicas²⁷⁰, comunicativas²⁷¹, actitudinales²⁷² o socioeconómicas²⁷³.

134. En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre²⁷⁴, como la discapacidad²⁷⁵. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad²⁷⁶, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas.

269. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 5 (“El Comité insiste en que los obstáculos no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias”).

270. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, párr. 39 (“La inaccesibilidad física del transporte público y de otras instalaciones, en particular los edificios gubernamentales, las zonas comerciales, las instalaciones de recreo, entre otras, es un factor importante de marginación y exclusión de los niños con discapacidad y compromete claramente su acceso a los servicios, en particular la salud y la educación”).

271. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, párr. 37 (“El acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de la información y de las comunicaciones, permite a los niños con discapacidad vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida”).

272. Cfr. Asamblea General de la ONU, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, GA/RES/48/96, 4 de marzo de 1994, Cuadragésimo octavo período de sesiones, párr. 3 (“en lo que respecta a la discapacidad, también hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo”).

273. Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104. Cfr. también Artículo III.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, Personas con Discapacidad, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de septiembre de 1994, párr. 9.

274. Cfr. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 244.

275. Cfr. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, párr. 103.

276. Cfr. artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras²⁷⁷.

135. Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social²⁷⁸, educativo²⁷⁹, laboral²⁸⁰ o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad²⁸¹. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación²⁸².

277. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 13.

278. A manera de ejemplo, se resalta que "con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, [...] las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 30. En similar sentido, "[...] las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados". Artículo 9.2. de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

279. Al respecto, es importante tener en cuenta que "[...] los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades, según se estipula en la Convención". En este sentido, "[...] la educación inclusiva debe ser el objetivo de la educación de los niños con discapacidad. La forma y los procedimientos de inclusión se verán determinados por las necesidades educacionales individuales del niño, ya que la educación de algunos niños con discapacidad requiere un tipo de apoyo del que no se dispone fácilmente en el sistema docente general". Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, párrs. 62 y 66. Asimismo, "el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad [implica que sean realizados] en entornos integrados". Artículo 6 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades.

280. Al respecto, "[...] los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 20. Igualmente, "[...] tanto en las zonas rurales como en las urbanas debe haber igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo". Artículo 7 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Véase también el Convenio N° 159 (1983) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (OIT), la Recomendación R99 (1955) sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, y la Recomendación R168 (1983) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

281. *Cfr. Caso Ximenes López Vs. Brasil*, párr. 105. Véase también el artículo 1.2.a de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que establece: El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En similar sentido, el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de [...] los impedimentos físicos, [...] o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

282. *Cfr. El Artículo 13 de la CDPD* precisa diversos elementos sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad.

136. Respecto a las obligaciones reforzadas que ostentan los Estados con los niños y las niñas con discapacidad, la CDPD establece que²⁸³: i) “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”; ii) “[e]n todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”, y iii) “que los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. Por su parte, en la Observación General No. 9, el Comité sobre los Derechos del Niño indicó que “el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad [es] el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”²⁸⁴.

137. Asimismo, la CDPD contiene un artículo específico sobre los alcances del derecho al acceso a la justicia y las obligaciones que los Estados deben asumir frente a personas con discapacidad. En particular, se indica que²⁸⁵: i) los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares, y ii) los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

138. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud²⁸⁶ y seguridad social²⁸⁷, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad²⁸⁸. Respecto de los niños con discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que:

283. Cfr. Artículo 7 de la CDPD.

284. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, párr. 11.

285. Cfr. Artículo 13 de la CDPD.

286. Cfr. Artículo 24 Convención sobre los Derechos del Niño.

287. Cfr. Artículo 26 Convención sobre los Derechos del Niño.

288. Cfr. Artículo 23 Convención sobre los Derechos del Niño.

[e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud²⁸⁹.

139. Una vez establecidos estos estándares generales, la Corte considera que al haber sido Sebastián Furlan un niño y, actualmente, ser un adulto con discapacidad, es necesario analizar la controversia entre las partes a partir de una interpretación de los derechos de la Convención Americana y las obligaciones que de estos se derivan, a la luz de las medidas especiales de protección que se derivan de dichos estándares. Dicho marco brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas.

289. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9, párr. 51.

B. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO VIOLACIÓN MÚLTIPLE Y CONTINUADA DE DERECHOS HUMANOS

(..)

120. Por lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona²⁰⁰. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad²⁰¹. El Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad²⁰².

(..)

200. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 27, párrs. 53, 54 y 60, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 184.

201. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 56, 57 y 60, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 257.

202. *Cfr. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 184, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 257.

B. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EN RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE, Y LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, EN PERJUICIO DE DIECISIETE NIÑOS SUSTRÁIDOS DE LA COMUNIDAD DE RÍO NEGRO

B.1. Alegatos de las partes y de la Comisión Interamericana

136. La Comisión indicó que diecisiete niños pertenecientes a la comunidad de Río Negro que sobrevivieron a las masacres fueron entregados y obligados, bajo amenaza²¹⁶, a vivir con sus victimarios durante varios años para la realización de trabajos forzados que eran inadecuados para su edad. Según la Comisión, estos niños “fueron utilizados para la servidumbre de la casa [...] maltrata[dos...], golpe[ados...] y oblig[ados...] a trabajar demasiado”. La Comisión enfatizó que los niños y niñas fueron sometidos a trabajos forzados con la aquiescencia de miembros del ejército, y que los victimarios también les tenían prohibido, incluso con amenazas de muerte, hablar con sus familiares, en caso de que éstos estuvieran vivos y los encontraran en la calle. Por todo lo anterior, la Comisión alegó que Guatemala violó los artículos 6.2, 17 y 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo I.1 de la misma, en perjuicio de Agustín Chen Osorio, Celestina Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, María Eustaquia Uscap Ivoy, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum, Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy y Juan Osorio Alvarado.

137. Los representantes alegaron que se vulneraron los derechos a la dignidad, a la libertad personal y a la integridad física y psicológica de dieciocho niños sobrevivientes de la masacre de Río Negro, “[d]ebido a que la única razón por la que no fueron asesinados fue para ser llevados a Xococ a las casas de los patrulleros de Autodefensa Civil (PAC) y ser esclavizados por los victimarios de sus familiares, amigos y conocidos”²¹⁷. Asimismo, alegaron que, “al haber sido sometidos estos niños a una situación de esclavitud, se agravó la situación de destrucción de su núcleo familiar que se sumaba a las atrocidades de las que fue víctima [la] comunidad [de Río Negro]”. Así, “el Estado no solamente dejó de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos sino que de igual manera no prestó la protección especial de la

216. La Comisión alegó que durante el trabajo forzado, los niños y niñas fueron amenazados directa e implícitamente con violencia o muerte en contra de ellos mismos o, en algunos casos, en contra de sus familiares sobrevivientes, y que no tuvieron otra opción más que realizar las labores que se les imponían.

217. Refirieron que “[los] niños fueron seleccionados como fuerza laboral, sirvientes dentro de las casas de los patrulleros de autodefensa civil, a quienes les fueron enseñados todo tipo de labores, sin recibir remuneración alguna e incluso sin encontrarse en condiciones dignas para vivir”.

que es titular todo niño”. Por todo lo anterior, los representantes afirmaron que el Estado violó los artículos 6, 17 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de: Agustín Chen Osorio, Celestina Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, María Eustaquia Uscap Ivoy, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum, Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy, Juan Osorio Alvarado y Bernarda Lajuj Osorio.

138. El Estado “manif[estó] su aceptación parcial por las violaciones a derechos humanos protegidos en los artículos 6 y 17 de la [Convención]”, en perjuicio de Agustín Chen Osorio, Celestina Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, María Eustaquia Uscap Ivoy, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum, Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy y Juan Burrero, es decir, Juan Osorio Alvarado (*supra* párr. 17, inciso d). Lo anterior, “en virtud que dichas violaciones a derechos humanos pudieron trascender y persistir en el tiempo a partir del cual la Corte tiene competencia para conocer violaciones en contra del Estado [...]”. En relación con el artículo 19 de la Convención, el Estado “reconoc[ió] su responsabilidad [respecto de] aquellos niños que no habían cumplido 18 años al momento de ser ratificada la competencia de la Corte [...]. En relación con la víctima Maria Eustaquia Uscap Ivoy[,] el Estado[...] manifest[ó] su oposición en cuanto a la vulneración de este derecho”, puesto que al momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte, esta persona ya era mayor de edad (*supra* párrs. 17, inciso e, y 18, inciso i).

B.2. Consideraciones de la Corte

139. En su contestación al sometimiento del caso, el Estado aceptó responsabilidad “parcial” por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 6 y 17 de la Convención, en perjuicio de Agustín Chen Osorio, Celestina Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, María Eustaquia Uscap Ivoy, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum, Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy y Juan Burrero, este último también conocido como Juan Osorio Alvarado, puesto que “dichas violaciones a derechos humanos pudieron trascender y persistir en el tiempo a partir del cual la Corte tiene competencia”. Asimismo, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del artículo 19 de la Convención en perjuicio de todas las personas mencionadas que no habían cumplido 18 años al momento en que aceptó la competencia contenciosa del Tribunal, es decir, el 9 de marzo de 1987. En relación a este último punto, el Estado se opuso, en específico, a que se declare la violación del artículo 19 de la Convención en perjuicio de María Eustaquia Uscap Ivoy.

140. En vista del reconocimiento del Estado, la Corte analizará las afectaciones a la integridad personal de las personas mencionadas en el párrafo anterior que subsisten hasta la actualidad. Para ello, el Tribunal hará algunas consideraciones generales sobre la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, establecida en el artículo 6 de la Convención, así como sobre los derechos del niño y la protección a la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de dicho tratado. La Corte no se referirá en este apartado a la señora Bernarda Lajuj Osorio, quien, de conformidad con la información aportada por los representantes, es sobreviviente de la masacre ocurrida en Los Encuentros (*supra* párrs. 12 y 46).

141. De conformidad con el artículo 6 de la Convención, “[n]adie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. En su conocido *obiter dictum* de la sentencia dictada en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Corte Internacional de Justicia precisó que en el derecho internacional contemporáneo la protección contra la esclavitud, y contra la discriminación racial, es una obligación internacional *erga omnes*, derivada “de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana” y, por lo tanto, atañe a todos los Estados²¹⁸.

142. Por otro lado, el artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. A criterio de la Corte, “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”²¹⁹. Por lo tanto, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño²²⁰. Este principio se fundamenta 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 potencialidades²²¹. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en

218. Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Sentencia de 5 de febrero de 1970, p. 32, párrs. 33-34. Véase, además, Comité de Derechos Humanos, *Observación General 24*, párr. 8. y el Voto concurrente del Juez A. Cancado Trindade, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 75.

219. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 53, 54 y 60 y, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 164.

220. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 164.

221. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 108.

consideración a su condición particular de vulnerabilidad²²². Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”²²³.

143. De este modo, la Corte considera importante señalar que, entre las medidas especiales de protección que deben adoptar los Estados a favor de los niños indígenas, se encuentra la de promover y proteger el derecho de éstos a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma²²⁴, obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30²²⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño²²⁶, de la que

222. Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 184, y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *supra*, párr. 201.

223. *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 Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 137.

224. La Convención sobre los Derechos del Niño, además del artículo 30, contiene diversas disposiciones que destacan la importancia de la vida cultural del niño indígena para su formación y desarrollo. Así, el Preámbulo declara que: “[...] os Estados Partes [suscribieron] la presente Convención [...] teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. El artículo 2, inciso 1, establece la obligación de los Estados de asegurar la aplicación de los derechos establecidos en dicha Convención sin distinción por el “origen [...] étnico” del niño. En el mismo sentido, el artículo 17, inciso d, dispone que: “[...] los Estados [...] [a]lentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”. El artículo 20, inciso 3, determina que, ante niños privados de su medio familiar, el Estado deberá adoptar medidas especiales y, al considerarlas, deberá “[...] presta[r] particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. En la misma línea, el artículo 29, inciso 1 c) y d), señala que “[...] los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a [...] inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; [así como a p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. Finalmente, el artículo 31 determina que: “[...] los Estados Partes reconocen el derecho del niño [...] a participar libremente en la vida cultural y en las artes. [...] Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”. Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 167, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 261.

225. El artículo 30 dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”. Esta disposición tiene su antecedente en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General mediante resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, el cual reconoce este derecho para las minorías sin mencionar a los indígenas explícitamente. El artículo 27 del PICP establece: “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

226. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

Guatemala es Parte desde el 6 de junio de 1990, y la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana. Además, en la Observación General No. 11, el Comité de los Derechos del Niño consideró que “[e]l ejercicio efectivo de [los derechos de los niños indígenas] a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso”²²⁷, y que este derecho constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas²²⁸.

144. En casos anteriores, esta Corte ha sostenido que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social²²⁹. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma²³⁰.

145. Por otro lado, el artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado²³¹. Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas²³². El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño²³³.

227. ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

228. Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 12 de febrero de 2009, párr. 16. Véase, además, el Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 168.

229. Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, 27 de noviembre de 2003, párr. 12. Este concepto de desarrollo holístico ha tenido recibo en anterior jurisprudencia de la Corte. Cfr. Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 161, y Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 169.

230. Cfr. Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 169.

231. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 66, y Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 156.

232. Cfr. *Opinión consultiva. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 71, y Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*, supra, párr. 46.

233. *Opinión consultiva. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 71, y Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, supra, párr. 170. Al respecto, en la Opinión Consultiva No. 17 relativa a la *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, la Corte reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, y observó que la Corte Europea ha establecido que el

146. Ahora bien, consta en el expediente ante el Tribunal que, con motivo de la sentencia emitida el 28 de mayo de 2008 por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz (*supra* párr. 101), al menos diez personas sustraídas de la Comunidad de Río Negro durante la masacre ocurrida en Pacoxom rindieron declaraciones²³⁴ y, según dicho tribunal, coincidieron en relatar “las trágicas vivencias que tuvieron que experimentar para sobrevivir en un ambiente extraño y hostil para ellos”²³⁵, cuando de niños, fueron “obligados a vivir con familias que no eran las propias y en una comunidad que les era ajena”²³⁶. Asimismo, al valorar el testimonio de una de estas personas, Pedro Sic Sánchez, el mencionado tribunal se refirió a “los vejámenes que, evidentemente, marcaron física y anímicamente a víctimas como este testigo[. . .] quien había sido] sustraído de su aldea” para vivir con sus victimarios²³⁷.

147. En este sentido, el señor Juan Uscap Ivoy declaró que: “pas[ó] sufrimiento con [las personas que lo retuvieron] aproximadamente [. . .] dos años y medio, sufrimos, hicieron lo que ellos quisieron [. . .], lo que es una violación de la niñez [. . .] y ahora estamos con el dolor [. . .]”²³⁸. Asimismo, ante tribunales internos²³⁹ y durante la audiencia pública celebrada ante esta Corte, el señor Jesús Tecú Osorio relató cómo el patrullero que había matado a su hermano de aproximadamente un año durante la masacre en Pacoxom, le obligaba a trabajar y abusaba de él, incluso, en una ocasión, ahorcándolo hasta que perdió la conciencia.

artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sólo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.

234. A saber, los señores y las señoras: María Eustaquia Uscap Ivoy, Froilan Uscap Ivoy, Pedro Sic Sánchez, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Uscap Ivoy, Tomasa Osorio Chen, Silveria Lajuj Tum. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa número 28-2003-Of. 1º (expediente de anexos a la demanda, tomo II, folios 714, 718 a 719, 723, 728, 729, 731 a 736, 752 a 756, 759 a 760, 765 a 766, 782, 784, y 787 a 789, 790, 793 a 799, 803 a 804, 807, 809 a 813, 815 a 817, 824 a 831, 835, 838, 839, 841, 845 a 847, y 855 a 856, 857 a 859, y 861).

235. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa numero 28-2003-OF 1º de 28 de mayo de 2008 (expediente de anexos al sometimiento, tomo II, folios 816 a 817).

236. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa numero 28-2003-Of. 1º (anexos al sometimiento, tomo II, folio 723).

237. *Cfr.* Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa numero 28-2003-Of. 1º (expediente de anexos al sometimiento, tomo II, folios 742 a 743).

238. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa numero 28-2003-Of. 1º (expediente de anexos al sometimiento, tomo II, folio 847).

239. *Cfr.* Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa número 28-2003-Of. 1º (expediente de anexos al sometimiento, tomo II, folios 752 a 756, 759 a 760, y 765 a 766), y Testimonio de Jesús Tecú Osorio de febrero de 1995, proceso penal 001-98-I (expediente de anexos al sometimiento, tomo I, folios 574 a 576).

En otra declaración rendida en el ámbito interno en el año 1995, el señor Tecú Osorio manifestó que: “[c]uando [...] recuerdo [...] esta historia, [...] esta tristeza, me da[n] ganas de vengarme de los que hicieron esto. [...] Pero después de un rato me digo que no, mejor no vengarme de ellos porque esto sería convertirme en asesino como ellos”²⁴⁰.

148. Por otro lado, en una declaración rendida el 24 de junio de 2009 en el ámbito interno, la señora Juana Chen Osorio dio cuenta de los abusos que sufrió junto con su hermano menor en la casa del patrullero que los sustrajo de su aldea:

“[...] yo me ponía a llorar en escondido, [...] nos cambiaron de nombre, [...] nos pegaba[n] a nosotros [...] porque no podíamos trabajar [...]. Yo ya me desesperé [...] me dijo el Juan, me voy a ir de aquí y me voy a ir a matar [...] y la señora escuchó [...] y fue a sacar brazas del fuego y le quemó los pies al Juan[. E]mpecé a cuidar al Juan, pegaba gritos, a probás un poquito le decía la señora[. U]stedes tienen que trabajar[. ¿D]e dónde va [a] venir el dinero para sus ropas[?]”²⁴¹.

149. Por su parte, Juan Chen Osorio declaró que “ahorita [es] huérfano, [...] desde [los] cinco años h[a] vivido [su] vida [con] tristeza, dolor, [s]e sient[e] mal [...] por eso est[á] aquí[.] para declarar la verdad [...] ojalá que algún día no suceda[n] otra vez las cosas así, [...] lo que [él] h[a] pasado son cosas duras [...] que nunca uno lo va a olvidar [sic]”²⁴².

150. De las declaraciones rendidas ante instancias internas y ante este Tribunal, es claro que las personas que fueron sustraídas de la comunidad de Río Negro durante la masacre de Pacoxom y que fueron obligadas a trabajar en casas de patrulleros de las autodefensas civiles han sufrido un impacto agravado en su integridad psíquica cuyas consecuencias se mantienen hasta el día de hoy. Por tanto, tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte considera que Guatemala es responsable de la violación de los derechos reconocidos en el artículo 5.I de la Convención Americana, en relación con los artículos 6, 17 y I.I de la misma, en perjuicio de María Eustaquia Uscap Ivoy. Asimismo, el Estado es responsable por la violación del artículo 5.I de la Convención, en relación con los artículos 6, 17, 19 y I.I de la misma, en perjuicio de Agustín Chen Osorio, Celestina

240. Testimonio de Jesús Tecú Osorio de febrero de 1995, proceso penal 001-98-I (expediente de anexos al sometimiento del caso, tomo I, folio 576).

241. Testimonio de Juana Chen Osorio de 24 de junio de 2009 (expediente de anexos al sometimiento del caso, tomo I, folio 533).

242. Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Baja Verapaz, Salamá, el 28 de mayo de 2008, causa número 28-2003-Of. 1° (expediente de anexos al sometimiento del caso, tomo II, folios 790 y 792).

Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum, Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy y Juan Osorio Alvarado.

VIII

DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL, A LA LIBERTAD PERSONAL Y DEL NIÑO, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

(...)

144. Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática²¹². Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado²¹³. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos²¹⁴.

145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso²¹⁵. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil²¹⁶.

212. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 92.

213. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 93.

214. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 94.

215. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 96.

216. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño*, Observación General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

148. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño²¹⁸. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos²¹⁹.

(...)

150. Asimismo, la Corte resalta que, de conformidad con los artículos 19, 17, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado. Al respecto, este Tribunal ha reconocido el papel fundamental de la familia para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos²²⁵. De este modo, la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, en materia de justicia penal juvenil, los Estados deben contar con un marco legal y políticas públicas adecuados que se ajusten a los estándares internacionales señalados anteriormente (*supra* párr. 149), y que implementen un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias²²⁶.

151. En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento

218. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 95.

219. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 115.

225. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Resolutivo 4.

226. Cfr. *Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10*, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 18.

ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito²²⁷, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.

(...)

162. Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”²³³, 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”²³⁴.

163. Con base en lo anterior, y a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos (*supra* párr. 143), la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños.

227. Cfr. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Regla 5.

233. La regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) señala que: “[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”. Asimismo, la regla 17.1.a) indica que: “[l]a respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.

234. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 77.

164. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violó el derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana en perjuicio de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez, en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento, al imponerles como sanciones penales la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños. En relación con lo anterior, el Tribunal observa que en las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 9 de marzo de 2012 a favor de Saúl Cristian Roldán Cajal y por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal el 21 de agosto de 2012 a favor de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, entre otras consideraciones, se señaló que al imponer la prisión y reclusión perpetuas a las víctimas por la comisión de delitos siendo menores de 18 años, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa internacional en materia de los derechos de los niños²³⁵.

B.1. Finalidad de la pena privativa de libertad

165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor; que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que

235. Respecto a Saúl Cristian Roldán Cajal, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza consideró que: “se colige que el juzgador debió tener en cuenta en el momento de la integración de la pena, los efectos de ella, desde la perspectiva de la prevención especial, porque fundamentalmente el derecho penal de menores está orientado a evitar los efectos negativos de la misma [...] y lograr la] reintegración social, de allí que no se puede omitir la consideración concreta de la pena”. Cfr. Resolución de la Suprema Corte de Justicia del Poder Judicial de Mendoza del 9 de marzo de 2012 en la causa no. 102.319 (expediente de anexos a la contestación, tomo XV, folio 7897). Sobre César Alberto Mendoza la sentencia respectiva indica que: “existe un deber de los jueces de justificar la imposición de la pena y de proceder la aplicación de la sanción[.] también deben explicar los motivos en virtud de los cuales se aplicará o no la escala reducida del artículo 4 de la [L]ey 22.278. Todo ello, se deriva de los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen cuando se trata del juzgamiento de menores”. Por ello, “la aplicación de una condena, sin la escala de la tentativa, debe operar en forma extraordinaria. El Tribunal debe valorar -para apartarse de la pena reducida- de qué manera resultará adecuada para promover la reintegración del niño, pues lo contrario implicaría equiparar al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su *status* diferenciado. [...] Se observa pues, que no se efectuó un análisis sobre la culpabilidad por el acto (que además los jueces debían considerar especialmente de manera reducida [...]), sino que se basaron en criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor que resultan incompatibles con los principios que consagran los artículos 18 y 19 de la [Constitución Nacional]”. Consideraciones similares se hicieron respecto de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza. Cfr. Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal del 21 de agosto de 2012 en la causa no. 14.087 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos de la representante, tomo XVII, folios 8238, 8239 y 8288).

éste asuma una función constructiva en la sociedad”²³⁶. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

166. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.

(...)

A.1. Consideraciones de la Corte

172. Este Tribunal destaca que el artículo 5.2 de la Convención Americana dispone que “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En ese tenor, el artículo 37.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados velarán por que “[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. La Corte destaca que, enseguida, este artículo contempla que “[n]o se impondrá la pena [...] de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”, con lo cual, ese instrumento internacional muestra una clara conexión entre ambas prohibiciones.

(...)

191. Por otro lado, la Corte reitera que frente a niños, niñas y adolescentes privados de la libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño²⁶⁴ (*supra* párrs. 142 y 188). La condición de garante del Estado con respecto

236. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 40.1.

264. *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*, párrs. 146 y 191, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél²⁶⁵. En este sentido, el Tribunal recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, y compromete a los Estados a esforzarse “por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”²⁶⁶.

(...)

247. En el caso específico, la Corte también considera conveniente resaltar que el derecho de recurrir del fallo también se encuentra previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 40.2.b.v señala que: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que conforme a esta disposición “[e]l niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia”³²⁰. Asimismo, también ha estimado que este derecho “no se limita a los delitos más graves”³²¹. Por lo tanto, el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos.

(...)

316. En esta Sentencia ya se estableció que la condena a perpetuidad impuesta a las víctimas no cumplió con los estándares de los derechos de los niños en materia de justicia penal y produjo efectos lesivos que terminaron con sus expectativas futuras de vida (supra párrs. 177 y 183). A diferencia de un adulto, un niño no ha tenido la oportunidad completa

265. *Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138.

266. *Cfr. Convención de los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Artículo 24.1.

320. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 60.*

321. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 60.*

de proyectarse académica o laboralmente para enfrentar los retos que imponen las sociedades actuales³⁹¹. Sin embargo, para la Corte es evidente que la imposición de la pena perpetua a estos niños y la falta de posibilidades reales de alcanzar la readaptación social les anuló la posibilidad de formar proyecto de vida alguno en una etapa determinante de su formación y desarrollo personal. Asimismo, dado que las víctimas fueron condenadas por delitos cometidos siendo niños a penas privativas de libertad, el Estado tenía la obligación de proveerles la posibilidad de educarse o entrenarse en un oficio, a fin de que pudieran readaptarse socialmente y desarrollar un proyecto de vida. En este sentido, la Corte considera que la manera más idónea para asegurar un proyecto de vida digno a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal, es a través de una formación que les permita desarrollar destrezas y habilidades idóneas para su autonomía, inserción laboral y convivencia social.

VII-3

EL DEBER DE ESPECIAL PROTECCIÓN A LOS NIÑOS Y NIÑAS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA, A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL**A. Argumentos de la Comisión y de las partes**

209. La Comisión señaló que la situación especial de Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo, que eran niños de corta edad para el momento de los hechos, no fueron consideradas en el marco de las determinaciones de los procedimientos de expulsión y de solicitud del estatuto de refugiados. En ese sentido, el actuar del SENAMIG y la CONARE constituyó un incumplimiento de la obligación especial de protección a favor de los tres niños bajo el artículo 19 de la Convención Americana.

210. Por otro lado, la Comisión consideró que, con base en el análisis efectuado respecto del derecho a la integridad psíquica y moral de toda la familia, no resultaba necesario pronunciarse de manera separada sobre una posible violación del derecho consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana.

211. Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 8.1, 8.2, 25, 5.1 y 17.1 de la Convención, en relación con los artículos 19, 1.1. y 2 de la misma, en perjuicio de los niños Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo. Enfatizaron que en ningún momento se consideró a los niños y su interés superior en los procedimientos que tuvieron lugar por parte de las autoridades bolivianas. En ese sentido, recordaron que más allá de su corta edad, los niños no fueron escuchados en el marco del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, ni tampoco fueron escuchados sus padres, quienes como representantes legales de los niños podrían haber expuesto sus condiciones y necesidades. En consecuencia, consideraron que se violaron las garantías del debido proceso porque las peticiones de los niños no fueron ponderadas individualmente, lo que hubiera permitido tener en consideración el “interés superior del niño” y resolver en consecuencia²⁴⁶.

246. Además, los representantes observaron que la legislación migratoria boliviana aplicada carece de procedimiento diferenciado para niños migrantes. Asimismo, agregaron que si el Estado hubiera considerado ese interés superior, la expulsión no habría sido la decisión por adoptar porque las autoridades estaban en conocimiento de una orden de detención que pesaba sobre los padres de los niños en Perú, de ahí que la expulsión de sus padres y entrega a las autoridades peruanas implicaba, inequívocamente, la restricción de la libertad de los mismos y consecuentemente, la desprotección y abandono en que quedarían los niños, tal como ocurrió.

212. Asimismo, alegaron que aún en la hipótesis de que correspondiera la expulsión, el Estado peruano no era la opción más favorable para los intereses de los niños, pues el Estado boliviano también estaba en pleno conocimiento de que la familia Pacheco Tineo tenía estatus de refugiado vigente en Chile y que uno de los hijos menores era de nacionalidad chilena, por lo tanto Chile debía ser el país de devolución. El hecho de que la expulsión afecta directamente a los padres, no exime al Estado de su ineludible deber de respetar y garantizar los derechos autónomos de los niños. Cuando por decisión estatal se resolvió la expulsión de ambos padres, y a sabiendas que éstos serían privados de su libertad en el país de devolución, era manifiestamente previsible que la consecuencia sería la separación forzada o no voluntaria de aquellos con sus hijos y la consecuente desprotección familiar en que estos últimos quedaron. Así, al optar directamente por la expulsión a su país de origen, el Estado violó el derecho a la protección de la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención²⁴⁷.

213. Por su parte, el Estado alegó, respecto del artículo 17, que está establecido que la separación familiar se produjo en el territorio peruano como consecuencia de una decisión judicial en el Perú, dentro del marco de una acusación por terrorismo contra los esposos Pacheco Tineo, y que, por lo tanto, esta supuesta violación debería haberse alegado contra el Estado donde se hubieren cometido estas violaciones. Por este motivo solicitó a la Corte que rechace esta alegada violación.

214. En relación con el artículo 19, el Estado alegó que: a) en el primer momento, cuando los esposos Pacheco Tineo se presentaron en las oficinas de Migración, los niños no presenciaron las supuestas violaciones puesto que a los niños los dejaron en casa de unos amigos; b) durante la expulsión no se utilizó ningún tipo de violencia física, ni psicológica, no se enmanilló a los señores Pacheco Tineo y los policías participaron simplemente como apoyo de los inspectores de migración; c) en el trayecto los inspectores de migración a solicitud del señor Juan Carlos Molina, compraron pañales higiénicos y alimentación para los niños y los demás miembros de la familia Pacheco Tineo; d) no hay prueba según la cual los inspectores encargados de la expulsión de la Familia Pacheco Tineo habrían separado a los niños de sus padres durante el trayecto entre La Paz y Desaguadero; e) no hay prueba de que los niños fueron expulsados y tampoco de que se plasmó en sus pasaportes la frase “expulsado”; y, f) los esposos Pacheco Tineo, representantes legales de los menores Frida

247. Además, alegaron que las medidas de protección que debía haber adoptado eran, entre otras, un retorno asistido de los niños, acompañados de especialistas en la materia y basado en el interés superior del niño; establecer la forma y los términos del traslado con la intervención de los funcionarios consulares o migratorios del país receptor; tener comunicación previa con los familiares de los padres para que los niños fueran entregados en pro de la unidad familiar. En ese sentido, afirmaron que los niños quedaron desamparados con la privación de libertad de sus padres tan pronto ingresaron en territorio peruano, por lo cual el Estado de Bolivia violó el derecho a la integridad física, psíquica y moral de los niños y, concomitantemente, el derecho de protección de la familia por injerencia arbitraria en la vida familiar.

Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo, jamás solicitaron refugio a nombre de sus hijos. Por último, el Estado agregó que “los esposos Pacheco Tineo, irresponsablemente violaron el derecho a la protección y cuidado de sus niños, pues no es razonable que una familia que se dice estar buscada por actos de terrorismo, que su vida y libertad esté en peligro, que entró ilegalmente a Bolivia, hagan correr estos riesgos inútiles, a sus seres queridos, olvidándose del cuidado y protección que deben a sus niños”.

215. En alegatos finales, el Estado manifestó que, si bien el refugio es un beneficio personalísimo, los esposos Pacheco Tineo jamás solicitaron refugio a nombre de sus hijos, aunque no se puede extender los beneficios de la figura de refugiado, de aplicación restrictiva, a personas que en ese momento no eran objeto alguno de medidas por parte del Estado peruano que permitiera afirmar la existencia de un leve temor fundado o una insípida persecución en su contra. Siendo esto así, los niños no tenían por qué ser parte activa o pasiva del trámite migratorio o el de definición del estatuto de refugiado. Alegó que, de acuerdo con el principio de unidad familiar, contemplado en convenciones internacionales, y específicamente en el Manual de procedimientos y criterios para la determinación del estatus de refugiados del ACNUR, debían solicitar por su propia cuenta o a través de su representante legal, en este caso sus padres, el estatuto de refugiado para poder tener derecho a ser oídos en dicho trámite migratorio, situación que nunca ocurrió. Además, independientemente de ser refugiados o no, los niños no pueden ser separados de sus padres al ser expulsados, pues esto perjudicaría a los niños en su derecho a la familia. Es decir, alegó que el Estado tomó medidas especiales de protección con base en el principio de unidad familiar a favor de Frida, Juana y Juan Ricardo Pacheco Tineo.

B. Consideraciones de la Corte

216. A continuación, la Corte analizará las presuntas violaciones a los derechos a la protección especial de los niños y a los derechos a la familia de Frida, Juana y Juan Ricardo Pacheco Tineo, todos menores de edad al momento de ocurrencia de los hechos del presente caso, a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas²⁴⁸.

217. 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 las niñas y los niños²⁴⁹. Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar

248. Cfr. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 44. Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 125.

249. 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 Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 44.

con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto²⁵⁰. 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 pertenece²⁵¹.

218. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia²⁵². Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña²⁵³.

219. El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte,²⁵⁴ y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos.

250. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 44.

251. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 45.

252. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 65, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 48.

253. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002., párr. 61, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 45.

254. "Artículo 12: 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. Artículo 19: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según

220. De esta forma, la protección especial derivada del artículo 19 deberá proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa del artículo 8 y 25 de la Convención²⁵⁵. Además, la Corte ya determinó en otros casos que existe una relación entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño, pues es a partir de esta relación que se facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida²⁵⁶.

221. Preliminarmente, la Corte estima necesario afirmar que no está probado que se subsanara un supuesto "error" en la segunda versión de la referida resolución No. 136/2001 del SENAMIG, según fue alegado por el Estado. Tal diferencia podría sugerir, por el contrario, que la intención inicial de dicho órgano era expulsar también a los niños, lo cual fue modificado en la segunda versión, en la cual se excluyen sus nombres. Además, el segundo documento no está firmado por los mismos funcionarios que firmaron el primer documento, lo que hace dudar de su autenticidad. Si bien el Estado argumentó que los niños no fueron expulsados, sino que "no fueron separados de [sus padres]" en aplicación del principio de unidad familiar, ya fue establecido que la resolución No. 136/2001 también los incluyó en la decisión de expulsión. Es decir, es evidente que los niños fueron efectivamente expulsados de Bolivia por decisión y ejecución de las autoridades migratorias del SENAMIG (*supra* párrs. 94 y 95).

222. La Corte constata que, en el presente caso, existen dos situaciones diferentes para las cuales se debe definir si correspondía o no haber escuchado a los niños en los términos señalados. La primera de ellas se refiere al trámite del procedimiento de solicitud de asilo presentada por sus padres, mientras que la segunda está relacionada con el proceso de expulsión de la familia Pacheco en su calidad de extranjeros en situación irregular.

223. En cuanto al primer aspecto, el derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo²⁵⁷, cuyos alcances pueden depender de si el niño o niña es solicitante

corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial." Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990 (en adelante "CDN").

255. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 95 a 98.

256. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 99, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 228.

257. Convención sobre los Derechos de los Niños, art. 12. La CDN no establece límite alguno inferior de edad en el derecho del niño para expresar libremente sus opiniones, ya que es evidente que los niños pueden y tienen opiniones desde una edad muy temprana.

o no, independientemente de que sea acompañado o no²⁵⁸ y/o separado²⁵⁹ de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado.

224. Por un lado, cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño²⁶⁰. Así, cuando son solicitantes, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente²⁶¹. Sin embargo, esas no son las situaciones que se han planteado en el presente caso.

225. Por otro lado, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad

258. Los "niños no acompañados" son quienes han sido separados de ambos –padre y madre- y de otros parientes y no están a cargo de ningún otro adulto quien, por ley o por costumbre, es responsable de desempeñar dicha función. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre protección internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/09/08, 22 de septiembre de 2009, párr. 6.

259. Los "niños separados" son niños separados de ambos -padre y madre- o de las anteriores personas encargadas de su cuidado ya sea en forma legal o habitual, pero no necesariamente de otros parientes. ACNUR. *Directrices sobre protección internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 6

260. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre protección internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 5. El Comité de los Derechos del Niño ha identificado los siguientes cuatro artículos de la Convención sobre los Derechos de los Niños como principios generales para su implementación. Artículo 2: la obligación de los Estados de respetar y asegurar los derechos establecidos en la Convención para cada niño sujeto a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase; Artículo 3 (1): el interés superior del niño como la consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños; Artículo 6: el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño; y Artículo 12: el derecho del niño de expresar su opinión libremente respecto a "todos los asuntos que afectan al niño", y teniéndose debidamente en cuenta tales opiniones. Véase también: Comité de los derechos del niño, *Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5, 3 de octubre de 200, párrafo 12. Estos principios orientan tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño.

261. Cfr. Declaración pericial rendida el 29 de marzo de 2013 por Juan Carlos Murillo (Expediente de prueba, folios 1423 y 1424)

familiar²⁶². En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas. En cada caso corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud. En este caso, si bien el niño Juan Ricardo tenía un año de edad, las niñas Frida Edith y Juana Guadalupe pudieron haber sido escuchadas por las autoridades en relación con la solicitud presentada por sus padres.

226. En cuanto al segundo aspecto, en lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar²⁶³. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho²⁶⁴, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales²⁶⁵.

227. Además, la separación de niños y niñas de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo²⁶⁶. Además, la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra

262. Véase en general, ACNUR, *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugioado*. Véase también, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*.

263. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 66; y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 116

264. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 71 y 72, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 116

265. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 77.

266. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 66 y 71. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone que "[t]odo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.

228. En atención a los criterios señalados, la Corte considera que en este caso los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus padres. En ese sentido, la Corte advierte que Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de la Fiscalía o del SENAMIG que se tomara en cuenta, así fuera mínimamente, el interés de los niños. Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos²⁶⁷ y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana.

229. En conclusión, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo.

267. La consideración de los niños como verdaderos "sujetos de derecho" es un nuevo paradigma instaurado por el derecho internacional de los derechos humanos y ha sido reconocido por diferentes tribunales internacionales y por Cortes Constitucionales y Cortes Supremas de la región. En este sentido, véase en general, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-356/11 y C-357/11, sentencia del 6 de diciembre de 2012, párrs. 75 a 82; Corte Constitucional de Colombia, Caso Raquel Estupiñón Enriquez, en nombre propio y e representación de sus dos hijos menores de edad, presenta acción de tutela c/Resolución 230 del Departamento Administrativo de Seguridad, Sentencia T-215/96, del 15 de mayo de 1996; y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, recurso de amparo, interpuesto por Edwin Zumbado Duarte, a favor de Noemi Cruz Izaguirre, contra Director General de Migración y Extranjería, sentencia del 5 de diciembre de 2008.

B.1) OBLIGACIONES DE GARANTÍA

133. De conformidad con las características del caso sub examine, debe señalarse que, en relación con niñas, los derechos y obligaciones antedichos deben observarse en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana y, siendo pertinente, atendiendo a lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará. El artículo 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de “[l]os niños y las niñas a [...] medidas especiales de protección [que] deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”²¹⁸. El Tribunal ha indicado, asimismo, que “[l]a adopción de [tales] medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece”²¹⁹. Además, la Corte ha “reitera[do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños”²²⁰, quienes, “[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”²²¹. En ese sentido, “han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”²²². Por otra parte, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, sobre el que el Tribunal es competente (*supra* párr. 32), instituye deberes estatales para “prevenir, sancionar y erradicar [la] violencia [contra la mujer]”²²³ que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los establecidos en los artículos 4, 5 y 7²²⁴.

134. De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación

218. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 121, y *Caso Pacheco Tineo*, *supra*, párr. 277.

219. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, *supra*, párr. 141.

220. *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. 146, y *Caso Familia Pacheco Tineo*, *supra*, párr. 217.

221. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 93, y *Caso Mendoza y otros*, *supra*, párr. 144.

222. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 59, y *Caso Mendoza y otros*, *supra*, párr. 143.

223. En cuanto al concepto previsto en el tratado de “violencia contra la mujer”, es pertinente referir al artículo 3 de la Convención de Belém do Pará, que indica que el derecho de “[t]oda mujer” a “una vida libre de violencia” rige “tanto en el ámbito público como en el privado”.

224. *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 346, y *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar)*, *supra*, párr. 275.

con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez²²⁵ puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”²²⁶. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

135. Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que, como la Corte ha afirmado:

abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado²²⁷.

136. El deber de prevención ha sido específicamente señalado respecto a mujeres, inclusive niñas, desde antes de 2001 y mediante instrumentos distintos a la Convención de Belém do Pará²²⁸, tratado que expresamente lo contempla en el citado artículo 7.b).

225. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “[a] nivel universal, se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no ha concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico”. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13: *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. UN Doc. CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 19. María Isabel Veliz Franco, de 15 años al momento de su desaparición y muerte, es considerada niña, en tanto no surge de los argumentos o pruebas remitidos al Tribunal que una norma interna dispusiera una edad distinta.

226. “Declaración y Plataforma de Acción Beijing”, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, aprobada en la 16ª sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995, párr. 116. En términos análogos, la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había expresado que “algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres [...] niñas [...] son [...] particularmente vulnerables a la violencia”. Cfr. La eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/52. 52ª sesión, 17 de abril de 1998, considerando 6to. De forma más actual, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que “[t]anto los niños como las niñas corren el riesgo de sufrir todas las formas de violencia, pero la violencia suele tener un componente de género”. Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13: *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, *supra*.

227. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez. Fondo*, *supra*, párr. 175; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra*, párr. 252, y *Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 118.

228. De este modo, la Corte ya ha advertido que “el CEDAW estableció que ‘los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas’” (*Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra*, párr. 254. El documento respectivo fue citado por el Tribunal: “CEDAW, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992, UN Doc. HRI/GEN/II/Rev.1 at 84 (1994), párr. 9”. Además, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 85ª sesión plenaria, el 20 de diciembre de 1993), indica en su cuarto artículo, *inter alia*, que “[l]os Estados deben aplicar por todos

Por otra parte, las niñas, entre ellas, las adolescentes, requieren medidas especiales de protección²²⁹. La Corte ya ha tenido oportunidad de expresar, respecto a mujeres y niñas, que:

[...] la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia²³⁰.

137. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal,

es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de

los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: [...] c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares". Por otra parte, en 1995 la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada por la Cuarta conferencia Mundial sobre la Mujer (en la 16ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995) indicó, en el apartado vigésimo noveno de la Declaración, el compromiso de los gobiernos de, *inter alia*, [p]revenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas". En los apartados b) y d) del párrafo 124 de la Plataforma de Acción, se indicó el deber de los gobiernos de adoptar medidas relativas a la prevención e investigación de actos de violencia contra la mujer, inclusive perpetrados por particulares. Guatemala participó en dicha Conferencia, expresó que "no acepta [...] ninguna forma de violencia que afecte a las mujeres" y afirmó que "es obligación del Estado protegerla y asegurar condiciones para que disfrute de sus derechos en situación de igualdad". Cfr. Mensaje del señor Presidente Constitucional de la República de Guatemala, Licenciado Ramiro De León Carpio a la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, *supra*. Por su parte, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer y sus causas y consecuencias observó que el derecho consuetudinario prevé la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos de la mujer por parte de particulares. (Comisión Interamericana Mujeres (CIM) de la Organización de Estados Americanos, Centro Internacional para la Reforma del Derecho Penal y la Política en Materia de Justicia Penal (ICCLR), e Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) Programa Mujer, Justicia y Género; Violencia en las Américas. Un Análisis Regional con un examen del cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) Informe Final, Julio 2001, pág. 33. El documento cita el siguiente texto: "Coomaraswamy, Radhika (1995). Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/45. Ginebra: Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, quincuagésimo período de sesiones (E/CN.4/1995/42)".

229. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que "los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención [sobre los Derechos del Niño]; tienen derecho a medidas especiales de protección". Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Observación General No. 4: *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. UN Doc. CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párrs. 1 y 2.

230. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, *supra*, párr. 258.

prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía²³¹.

231. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123; *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, *supra*, párr. 280, y *Caso Luna López*, *supra*, párr. 120.

C.3. DERECHOS DEL NIÑO

269. La Corte ha destacado que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niñas y niños³²⁰, quienes 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 concreto³²¹. Este Tribunal ha sostenido que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia³²². Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño señaló que la falta de registro de una niña o un niño “puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos”³²³.

320. 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, párrs. 146 y 191, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 133.

321. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 44, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 217.

322. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 65, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 218.

323. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 25.

B) Consideraciones de la Corte

343. En el presente capítulo la Corte analizará conjuntamente las alegadas violaciones a los derechos a la libertad personal³⁷⁴, de circulación y de residencia³⁷⁵, las garantías judiciales³⁷⁶ y protección judicial³⁷⁷, en relación con los derechos del niño, y la obligación de respetar los derechos sin discriminación, debido a la coincidencia de hechos que podrían haber generado dichas violaciones.

344. Previamente en consideración de las características del presente caso, la Corte resalta que diez de las presuntas víctimas que fueron privadas de libertad y luego expulsadas eran niñas y niños, en el momento de los hechos, a saber: Luis Ney Medina, Awilda Medina, Carolina Isabel Medina, Antonio Fils-Aimé, Endry Fils-Aimé, Diane Fils-Aimé, Markenson Jean, Miguel Jean, Victoria Jean y Natalie Jean. Al respecto, de los hechos del presente caso no se desprende que el Estado haya tomado medidas especiales de protección orientadas en el principio del interés superior a favor de las niñas y niños afectados. Las referidas niñas y niños recibieron un trato igual a los adultos durante la privación de libertad y posterior expulsión, sin consideración alguna de su condición especial.

(...)

374. El artículo 7 dispone: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

375. El artículo 22 de la Convención, en lo pertinente, establece: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. [...]5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros".

376. El artículo 8 del tratado, en lo pertinente, indica: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

377. El artículo 25 del mismo instrumento, en lo relevante, establece: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

357. La Corte encuentra necesario reiterar que en los procesos de expulsión en dónde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible³⁹⁸. En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual³⁹⁹, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada⁴⁰⁰. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad⁴⁰¹, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar; y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger⁴⁰².

358. En relación con los procedimientos o medidas que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, y que pueden desembocar en la expulsión o deportación, la Corte ha considerado que “el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención”⁴⁰³.

398. *Cfr. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 275.

399. *Cfr. Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 281.

400. *Cfr. Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 153.

401. *Cfr. Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 279.

402. *Cfr. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 279.

403. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 132. Ver también, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 157, y *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 112.

B.1.3. Estándares relacionados con medidas privativas de libertad, inclusive respecto de niñas o niños, en procedimientos migratorios

359. La Corte estableció la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular⁴⁰⁴. Así determinó que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible⁴⁰⁵. Por lo tanto, "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines"⁴⁰⁶. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha manifestado que:

En el caso de recurrir a la detención administrativa, habrá que hacerlo como último recurso, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en el marco de estrictas limitaciones legales y previendo las debidas salvaguardias judiciales. Habrá que definir claramente y enumerar de forma exhaustiva en la legislación las razones que podrán aducir los Estados para justificar esa detención [...] Todavía mayor deberá ser la justificación para detener a menores [...]⁴⁰⁷.

360. Además, a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño⁴⁰⁸.

404. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 167, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 151.

405. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 171, y *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 151.

406. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 171, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 131.

407. Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párrs. 59 y 60.

408. Cfr. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 160.

(...)

X
DERECHOS A LA PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DIGNIDAD Y A LA
PROTECCIÓN DE LA FAMILIA⁴⁵⁸, EN RELACIÓN CON
LOS DERECHOS DEL NIÑO Y
LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS

A) *Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes*

408. La **Comisión** observó que la expulsión de las presuntas víctimas conllevó a una situación de incomunicación y desintegración familiar, con un impacto directo en las dinámicas y roles familiares. Según la Comisión, en los casos de Bersson Gelin, Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión, Reyita Antonia Sensión, y Rafaelito Pérez Charles, su expulsión implicó, *ipso facto*, la ruptura de los vínculos con su familia nuclear. En el caso del señor Gelin la separación con su hijo William Gelin, y en el caso de Ana Lidia y Reyita Antonia Sensión, la separación con su padre Antonio Sensión. Por otra parte, la Comisión dio por probado que Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión afrontaron serias dificultades para poder garantizar sus necesidades básicas y ninguna de las niñas pudo continuar con su educación. En relación con la familia Medina y la familia Fils-Aimé, la Comisión señaló que su expulsión conllevó que las familias se encontraran en un país extraño, sin ningún tipo de recursos ni documentación. Los miembros adultos de la familia no pudieron conseguir trabajo para poder alimentar y educar a sus hijos, mientras que los niños se vieron impedidos de continuar con sus estudios. Por lo que la Comisión consideró que el Estado violó el derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 de la misma, así como en relación a los derechos del niño, consagrado en el artículo 19 de la Convención, en el caso de las niñas y niños.

458. El artículo 11 de la Convención Americana (Protección de la Honra y de la Dignidad), en lo conducente, expresa: [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación [...]. El artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia), en lo pertinente, indica: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado."

B) Consideraciones de la Corte

B.1. Separación familiar (artículo 17.1)

413. La Corte observa que algunos de los alegatos de la Comisión y de los representantes relacionados con las presunta violación del derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, en relación con los derechos del niño, reconocidos en el artículo 19 de la misma, se refieren al impacto de las expulsiones, tales como las condiciones de vida de las víctimas que fueron expulsadas, y no a las obligaciones relacionadas con el derecho a la protección de la familia *stricto sensu*. Respecto a las alegadas violaciones del artículo 17 de la Convención, en relación con el artículo 19 de la misma, la Corte considera procedente de acuerdo a lo hechos determinados referirse únicamente a la separación familiar de los miembros de las familias Fils-Aimé, Sensión, Gelin y Pérez Charles.

414. En cuanto a las obligaciones relacionadas con el derecho a la protección a la familia, la Corte ha destacado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁴⁵⁹, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia⁴⁶⁰. Aunado a lo anterior, ha indicado que la separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión⁴⁶¹. Lo anterior se debe a que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”⁴⁶².

459. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 66, y *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, párr. 404.

460. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 72, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 264.

461. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párrs. 71 y 72, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 226.

462. Cfr. *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*. OC-17/02, párr. 71; *Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala*, párr. 157, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 158. En este sentido, el Tribunal Europeo ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. (Cfr. *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*. OC-17/02, párr. 72).

415. De las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus juris de los derechos de la niñez, se desprende la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar⁴⁶³. Además, el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos⁴⁶⁴. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección de la niña y el niño y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar⁴⁶⁵.

416. En cuanto a la posible separación familiar por razones migratorias, la Corte recuerda que los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas de inmigración, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros⁴⁶⁶. Sin embargo, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁴⁶⁷. Al respecto, cabe resaltar que una medida de expulsión o deportación puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y el desarrollo del niñ[a] o la niñ[o], por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial⁴⁶⁸. De este modo, “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”⁴⁶⁹. Específicamente, la Corte ha mantenido que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan

463. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán porque 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 adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. Cfr. *Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 9, párrafo 1), CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013, párr. 60. Cfr. *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

464. Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 107, refiriéndose a los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

465. Cfr. *Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños*. OC-17/02, párr. 88, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 107. Ver también artículos 9.3 y 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

466. Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 97, y *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

467. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 65, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

468. Cfr. CDN, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 9, párrafo 1), CRC/C/CG/14, párr. 60, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 278.

469. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 73, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia⁴⁷⁰. Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales⁴⁷¹.

417. Sin embargo, la Corte considera que el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera *per se* la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos. Al respecto, cabe señalar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores⁴⁷².

418. Ahora bien, aplicando los principios jurisprudenciales anteriormente expuestos, Bersson Gelin fue expulsado de República Dominicana a territorio haitiano en el año 1999, lo cual causó la separación con su hijo William Gelin, que entonces era menor de edad. La privación de libertad y expulsión del señor Gelin fueron actos que incumplieron el deber estatal de respetar los derechos convencionales sin discriminación, no se realizaron en el marco de un procedimiento migratorio de acuerdo a la normativa interna, ni se siguieron las garantías procesales mínimas exigidas por la ley interna ni las obligaciones internacionales del Estado (*supra* párrs. 213, 405 y 407). Por lo tanto, la medida ni persiguió un fin legítimo, ni se ajustó a los requerimientos previstos por la ley, lo cual hace innecesaria la ponderación entre la protección de la unidad familiar y la medida, y convierte la separación de Bersson Gelin de su hijo William Gelin en una separación familiar injustificada. Por otra parte, la Corte considera que desde el momento de separación en el año 1999, el Estado tenía la obligación positiva de realizar medidas dirigidas a la reunificar la unidad familiar para asegurar que el niño William Gelin pudiera convivir con su progenitor. Al respecto, este Tribunal constata que, por un lado, no consta que a partir de 1999 el Estado haya adoptado acciones tendientes a que Bersson Gelin y su hijo pudieran reencontrarse hasta el mes de marzo de 2002 cuando el señor Gelin obtuvo un salvoconducto. Por otro lado, el Estado en sus alegatos se refirió a una supuesta indicación de los representantes de que Bersson Gelin

470. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 77, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

471. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 77; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 125, y *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 273.

472. El artículo 9.4 indica lo siguiente: "Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas". Cfr. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 274.

ya había sido reunificado con su hijo y que actualmente residía en República Dominicana (*supra* párr. 412). La Corte considera que lo anterior no altera la naturaleza injustificada de la separación y la ausencia de medidas adoptadas por parte del Estado para facilitar la reunificación familiar entre los años 1999 y 2002⁴⁷³. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la protección a la familia, reconocido en el artículo 17.1 de la Convención, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Bersson Gelin y William Gelin, y adicionalmente en relación con los derechos del niño, reconocido en el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio del niño William Gelin.

419. En cuanto a la separación de la familia Sensión, este Tribunal recuerda que en 1994, fecha anterior al reconocimiento del Estado de la competencia contenciosa de la Corte, la señora Ana Virginia Nolasco y sus hijas Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión fueron detenidas y expulsadas a Haití, mientras el padre de las niñas, Antonio Sensión se encontraba trabajando en Puerto Plata. El señor Sensión se enteró de la expulsión de su esposa e hijas cuando regresó al domicilio e inició su búsqueda, la cual se prolongó por 8 años, hasta el año 2002 cuando las encontró y se reunificó con ellas (*supra* párr. 218). La Corte reitera que aunque no tiene competencia para pronunciarse sobre la expulsión de la señora Ana Virginia Nolasco y sus hijas, a partir del momento del reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado el 25 de marzo de 1999, surgió la obligación de éste de adoptar medidas dirigidas a reunificar a los miembros de la familia Sensión. Al respecto, el Estado argumentó que, por un lado, la señora Virginia Nolasco y las niñas Ana Lidia y Reyita Antonia ambas de apellido Sensión ya vivían separadas del señor Sensión antes de su expulsión, debido a que este trabajaba en Puerto Plata, y que además el señor Sensión no se enteró de la expulsión de su familia hasta meses más tarde. Por otro lado, el Estado aseveró que transcurrieron “solo tres años” entre el reconocimiento de la competencia en 1999 y 2002, cuando este procedió a otorgarles los salvoconductos a los miembros de la familia Sensión (*supra* párr. 412). La Corte considera que el hecho de que Antonio Sensión trabajaba en otro lugar y no vivía con su familia de forma permanente no implica que la familia Sensión no haya tenido una vida familiar antes de la expulsión. Por otra parte, lo aseverado por el Estado reafirma que entre los años 1999 y 2002 este no tomó medida alguna dirigida a facilitar la reunificación de los miembros de la familia Sensión.

420. En consecuencia, el Estado faltó a su deber de adoptar medidas dirigidas a reunificar los miembros de la familia Sensión, la Corte considera que el Estado violó sus obligaciones relacionadas con el derecho a la protección a la familia, reconocido en el artículo 17.1 de

473. No obstante, cabe señalar al respecto que, aunque el señor Gelin ha podido visitar su hijo en varias ocasiones, hasta la fecha no se ha realizado una reunificación familiar permanente, dado que, según las declaraciones de Bersson Gelin, él sigue viviendo en Haití debido al miedo de ser nuevamente expulsado.

la Convención, en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo I.1 de la Convención, en perjuicio de Antonio Sensión, Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión, y adicionalmente en relación con los derechos del niño, protegidos en el artículo 19 del tratado, en perjuicio de las entonces niñas Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión.

(...)

B.2. *Injerencia en el domicilio familiar (artículo 11.2)*

423. La Corte observa que los representantes alegaron que la expulsión de las presuntas víctimas constituyó una interferencia ilegal y arbitraria en su derecho a la vida privada, protegido en el artículo 11.2 de la Convención Americana. La Comisión no alegó la violación del artículo 11 de la Convención y el Estado no se pronunció específicamente al respecto. Al respecto, la Corte reitera que “las presuntas víctimas o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos por la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta” (*supra* párr. 227).

424. La Corte recuerda que el artículo 11 de la Convención Americana, titulado Protección de la Honra y de la Dignidad, requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En este sentido, 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 pública⁴⁷⁴. Asimismo, este Tribunal ha señalado que “en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial los niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo”⁴⁷⁵.

425. A continuación, la Corte considera pertinente examinar si la intromisión en el domicilio en relación con la actuación del Estado respecto a los miembros de las familias Medina, Jean, y Fils-Aimé, que fueron detenidas en sus casas a fin de ser expulsadas, constituyó una injerencia arbitraria o abusiva en su vida privada, en contravención del artículo 11.2 de la Convención.

474. Cfr. *Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142.

475. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC-17/02, párr. 71, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, párr. 106.

426. En este caso los agentes estatales se presentaron en los domicilios de las familias Jean, Medina, y Fils-Aimé sin orden judicial, escrita y motivada de detención, y sin que la subsiguiente privación de libertad y expulsión de las víctimas formara parte de un procedimiento migratorio ordinario, de conformidad con la normativa interna. Cabe recordar que en el caso de la familia Jean, los oficiales que se presentaron en diciembre de 2000 alrededor de las 7.30 de la mañana en el domicilio de la familia golpearon la puerta y obligaron a los miembros de la familia salir de la casa y subirse a un bus. Luego los oficiales estatales regresaron a la casa y detuvieron al señor Jean que aún permanecía en esta y lo subieron al bus también (*supra* párr. 223). Respecto de la familia Medina Ferreras, en noviembre de 1999 o enero de 2000 durante la madrugada funcionarios estatales de Pedernales llegaron a la casa de la familia Medina, y los llevaron, junto con otras personas, a la “cárcel de Oviedo” (*supra* párr. 201). Finalmente, en cuanto a la familia Fils-Aimé, agentes estatales se presentaron en el domicilio de la familia el 2 de noviembre 1999, donde se encontraban Janise Midi y sus hijos Antonio, Diane y Endry Fils-Aimé y los obligaron a salir de la casa y los subieron forzosamente a un camión y los llevaron a la “Fortaleza de Pedernales” (*supra* párr. 210).

427. Dado que las descritas injerencias en los domicilios de las familias Jean, Medina Ferreras y Fils-Aimé no fueron justificadas por no haberse ajustado al procedimiento previsto en la ley interna, la Corte considera que deben de considerarse como injerencias arbitrarias en la vida privada de dichas familias, en violación del artículo 11.2 de la Convención. Asimismo, estuvieron vinculadas a actos que implicaron una vulneración a lo obligación de respetar los derechos sin discriminación (*supra* párrs. 400 a 407).

428. Dichas injerencias arbitrarias fueron particularmente graves en los casos de las niñas y los niños afectados. Dada su especial situación de vulnerabilidad, el Estado estaba en la obligación de adoptar medidas especiales de protección a su favor bajo el artículo 19 de la Convención. No obstante, de los hechos se desprende que a pesar de la presencia y las necesidades especiales de niñas y niños, en el caso de las tres familias, los agentes estatales no les permitieron vestirse, ni llevar nada. En el caso de la familia Jean, no les dejaron ni llevar la leche de Natalie Jean, niña de aproximadamente 4 meses de edad (*supra* párr. 223).

B.3. Conclusión

429. En consideración de lo anterior, en los términos indicados (*supra* párr. 418), la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección a la familia, reconocido en el artículo 17.1 de la Convención, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos convencionales sin discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Bersson Gelin y William Gelin, y adicionalmente en relación

con los derechos del niño, reconocido en el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio del niño William Gelin. Asimismo, en los términos expresados (*supra* párr. 420) la Corte considera que el Estado violó sus obligaciones relacionadas con el derecho a la protección familiar, reconocido en el artículo 17.1 de la Convención, en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Antonio Sensión, Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión, y adicionalmente en relación con los derechos del niño, protegidos en el artículo 19 del tratado, en perjuicio de las entonces niñas Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión.

430. Además, en los términos indicados (*supra* párrs. 427 y 428), la Corte considera que el Estado violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, por la violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 11.2 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación establecida en artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Víctor Jean, Marlene Mesidor, Markenson Jean, Victoria Jean (fallecida), Miguel Jean, Natalie Jean, Willian Medina Ferreras, Lilia Jean Pierre, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida), Jeanty Fils-Aimé (fallecido), Janise Midi, Diane Fils-Aimé, Antonio Fils-Aimé y Endry Fils Aimé, y adicionalmente en relación con los derechos del niño consagrado en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de las niñas y niños Victoria Jean (fallecida), Natalie Jean, Markenson Jean, Miguel Jean, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina (fallecida), Diane Fils-Aimé, Antonio Fils Aimé y Endry Fils Aimé.

VII-I

VIOLACIONES RELACIONADAS CON LAS DESAPARICIONES FORZADAS: DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, A LA INTEGRIDAD PERSONAL, A LA VIDA, AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR, A LA IDENTIDAD, A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, Y DE LA NIÑA Y LOS NIÑOS, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

(...)

B.1 Consideraciones de la Corte

92. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado¹⁷⁷. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar¹⁷⁸, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia¹⁷⁹. La Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de las niñas y los niños de sus familias constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión¹⁸⁰.

177. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 119, y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 272.

178. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 66; *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 414.

179. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 72; *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 189, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra*, párr. 414.

180. Cfr. *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, párr. 187, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra*, párr. 414.

93. La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana¹⁸¹, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia -también denominada “vida familiar”- forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia¹⁸².

(...)

94. Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁵, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez¹⁸⁶, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos¹⁸⁷. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar¹⁸⁸.

181. Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad [...]

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

182. Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 170, y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 265.

185. El Salvador es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el 10 de julio de 1990, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.1.

186. Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra*, párr. 194, y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 57.

187. Cfr. Artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

188. Cfr. *Caso Masacres de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, párr. 190, y *Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador, supra*, párr. 107.

267. La restricción al derecho a la educación se establece en virtud de tres razones en la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca: 1) el diagnóstico de VIH Talía, 2) las hemorragias de Talía como posible fuente de contagio, y 3) el conflicto de intereses entre la vida e integridad de los compañeros de Talía y el derecho a la educación de Talía.

268. Al respecto, la Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talía en la escuela constituye, 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 potencialidades³²⁰. 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”³²¹.

269. El tribunal interno fundamentó la decisión en un supuesto conflicto entre bienes jurídicos, a saber, el derecho a la vida de los estudiantes y el derecho a la educación de Talía, tomando como referencia las supuestas hemorragias que tenía Talía. Empero, la determinación del riesgo y por ende la identificación del bien jurídico de vida e integridad de los estudiantes como aquel que debía primar, fue una identificación errónea a partir de presunciones sobre los alcances que podría tener la enfermedad hematológica padecida por Talía, sus síntomas, y su potencial para contagiar a los demás niños y niñas con el virus del VIH.

320. *Cfr. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66 y *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 sentido similar, véase: Preámbulo de la Convención Americana.

321. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 164 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva, párr. 60. En sentido similar, véase: Preámbulo de la Convención Americana.

270. La Corte considera que la valoración de la prueba en relación al presente caso, para efectos de establecer la inminencia del supuesto riesgo, no tuvo en cuenta los aspectos médicos aportados y privilegió, a partir de prejuicios sobre la enfermedad, los testimonios genéricos referidos a las hemorragias. En efecto, la Corte observa que constaba un informe médico que aseguraba que Talía se encontraba en buenas condiciones hematológicas³²². Asimismo, la institución tuvo conocimiento del diagnóstico de la púrpura trombocitopénica idiopática mediante una entrevista con Teresa Lluy³²³, momento en el cual se precisó que Talía padecía VIH aunque para ese momento fuese una paciente asintomática³²⁴.

271. En esa línea, en la decisión del juez interno no se evidencia un juicio estricto sobre la necesidad de la medida, en orden a determinar si no existían otras medidas diferentes a las del retiro del centro educativo y el confinamiento a “una instrucción particularizada y a distancia”. La argumentación respecto a las pruebas aportadas está guiada en torno a prejuicios sobre el peligro que puede implicar el VIH o la púrpura trombocitopénica idiopática, que no constaban claramente en ninguna de las pruebas aportadas al proceso y que el Tribunal tomó como ciertas al establecer que las afirmaciones sobre estas “no fue[ron] impugnada[s] ni redargüida[s] de falsa[s]”³²⁵. Esta consideración no tenía en cuenta el bajo e ínfimo porcentaje de riesgo de contagio al que aludían tanto las experticias médicas como la profesora que rindió su testimonio en el proceso.

272. Atendiendo a que el criterio utilizado para determinar si Talía constituía un riesgo a la salud de los otros estudiantes de la escuela era su situación de salud, se evidencia que el juez debía tener una carga argumentativa mayor, relativa a la determinación de razones objetivas y razonables que pudiesen generar una restricción al derecho a la educación de Talía. Dichas razones, amparadas en el sustento probatorio obtenido, debían fundamentarse en criterios médicos atendiendo a lo especializado del análisis para establecer el peligro o riesgo supuesto que se cernía sobre los estudiantes de la escuela.

273. La carga que tuvo que asumir Talía como consecuencia del estigma y los estereotipos en torno al VIH la acompañó en diversos momentos. Según las declaraciones de la familia Lluy y de Talía, no controvertidas por el Estado, tenían que ocultar el VIH y la expulsión de la escuela para poder ser aceptados en otras instituciones. Talía estuvo matriculada en el jardín infantil “El Cebollar”, la escuela “Brumel”, la escuela “12 de Abril” y “Ángel Polibio Chávez”.

322. Cfr. Oficio de NV de 7 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1139).

323. Audiencia Pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

324. Cfr. Oficio de JOM de 21 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1138).

325. Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).

Según la declaración de Teresa Lluy, “cada vez que se enteraban quienes [e]ra[n], en algunos establecimientos educativos fue relegada [su] hija [...] alegando que no podían tener una niña con VIH, pues era un riesgo para todos los otros estudiantes. Tanto los profesores como los padres de familia, [l]os discriminaban, [l]os aislaban, [l]os insultaban”³²⁶.

274. La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones. En el presente caso la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.

(...)

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a

326. Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1082).

la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada³⁴⁵. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

345. Al respecto, Talía ha declarado: "¿Cómo tener un amigo, un enamorado, qué le iba a decir, cómo contarle de mis sentimientos, darle un beso? Tenía y tengo mucho miedo, ¿cómo le cuento a un enamorado que tengo VIH, que no fue mi culpa, que no me huya, que no tenga miedo, que soy una persona con sentimientos y que como cualquier otra puedo amar y quiero ser amada? [...] anhelo [...] tener lo que necesito para poder hacer en mi vida lo que quiero, irme donde yo quiera, viajar [...] estudiar lo que me gusta, que en medio de mi soledad, como niña, adolescente, mujer joven, si no puedo disfrutar de una buena amistad, un esposo, unos hijos, por lo menos mi vida sola sea lo mejor posible". Declaración ante fedatario público de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folios 1101, 1103 y 1104).

B.I.DERECHOS DEL NIÑO

329. Por otra parte, de los hechos relacionados a la inspección de marzo de 2000 se observa que el señor Antônio Francisco da Silva, quien se fugó de la hacienda y después de mucho esfuerzo logró denunciar la existencia de situación de esclavitud, amenazas y violencia en la Hacienda Brasil Verde, era niño en ese momento (*supra* párrs. 174, 175 y 299). Ante la Corte el señor Antônio Francisco da Silva declaró que denunció ese hecho a la policía federal y también a la CPT.

330. 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 concreto⁴⁵⁸. El artículo 19 de la Convención establece la obligación de adoptar medidas de protección especial a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. En esta línea, la Corte ha considerado que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁴⁵⁹. A fin de definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños la Corte recurrirá, como lo ha hecho en anteriores ocasiones, al *corpus iuris* internacional de protección de las niñas y los niños⁴⁶⁰.

458. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 121, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 269.

459. *Cfr. Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 61; *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66, y *Caso Rochac Hernández*, párr. 106.

460. *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*, párr. 194, y *Caso Rochac Hernández y otros*, párr. 106.

331. Las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios 138 y 182 de la OIT⁴⁶¹, integran el *corpus iuris* en la materia. El artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. El mismo precepto señala que los Estados partes fijarán una edad mínima para trabajar. Por otra parte, el artículo 3 del Convenio 138 de la OIT señala que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños no deberá ser inferior a 18 años. En el mismo sentido el Convenio 182 de la OIT prevé que todas las formas de esclavitud, sus prácticas análogas, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, el trabajo forzoso u obligatorio, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, entre otros, son considerados como las peores formas de trabajo infantil⁴⁶².

332. En ese sentido, la Corte destaca que las obligaciones que el Estado debe adoptar para eliminar las peores formas de trabajo infantil tienen carácter prioritario e incluyen, entre otras, elaborar y poner en práctica programas de acción para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos⁴⁶³. En concreto, el Estado tiene la obligación de: i) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; ii) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; iii) asegurar a todos los niños que hayan sido liberados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; iv) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y v) tener en cuenta la situación particular de las niñas⁴⁶⁴.

(...)

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15

461. OIT, Convenio No. 138 sobre la edad mínima en la admisión en el empleo (Entrada en vigor: 19 de junio de 1976); Convenio No. 182, preámbulo y artículo 3.

462. OIT, Convenio No. 182, artículo 3.

463. Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, Artículos 7, 8, 9, 11, 16, 18 y 32.

464. OIT, Convenio No. 182, artículo 7.

de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto del señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.I de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.I del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.

B.2.2. DERECHOS A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DERECHOS DEL NIÑO

246. Entre los derechos que pueden verse afectados por situaciones de desplazamiento forzado se encuentra aquél relativo a la protección de la familia, recogido en el artículo 17 de la Convención Americana, como también los derechos del niño, de conformidad al artículo 19 del tratado. La primera norma reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado³⁴⁴. La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar³⁴⁵ y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas³⁴⁶.

247. La Corte ha considerado en casos de desplazamiento forzado que ese fenómeno, en tanto conlleve la separación o fragmentación del núcleo familiar, puede generar la responsabilidad del Estado por la transgresión del artículo 17 de la Convención, como también, de ser el caso, de su artículo 19 respecto de niñas o niños afectados por esa situación³⁴⁷. Asimismo, ha examinado la responsabilidad estatal respecto a personas que se encontraban desplazadas en forma independiente al examen de actos que causaron el desplazamiento³⁴⁸.

248. La Corte entiende que en situaciones de desplazamiento forzado surge un deber estatal de procurar la reunión familiar, especialmente en casos de familias con niños³⁴⁹.

344. Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 145.

345. Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra*, párr. 66, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 414.

346. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra*, párr. 7, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 414.

347. Cfr. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, *supra*, párr. 163.

348. Así, respecto al *caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte consideró que "si bien los alegatos de la Comisión y los representantes se basan en [...] el desplazamiento familiar [...] ocurri[do] con anterioridad a su competencia, es[er] hecho[, *inter alia*,] determin[ó] que la estructura familiar permaneciera desintegrada hasta después de esa fecha, razón por la cual este Tribunal afirm[ó] su competencia para conocer de[...] mismo [...] y de sus consecuencias jurídicas internacionales" (Cfr. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, *supra*, párr. 155).

349. Cfr. Principio 17 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1998/53/Add. 2 de 11 de febrero de 1998, p. 5. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/resdi/E-CN-4-1998-53-ADD-2.html>

Este deber, atinente a los derechos a la protección de la familia y los derechos del niño, es independiente de otros que también son atinentes a situaciones de desplazamiento forzado, como el de posibilitar un retorno seguro. Lo anterior no obsta a que, de acuerdo a las circunstancias del caso, medidas para posibilitar el retorno seguro sean aptas también para lograr la reunión familiar.

(...)

253. En este caso, este Tribunal considera que la conducta estatal omisiva respecto de la adopción de medidas apropiadas tendientes a posibilitar un regreso seguro, vulneró el derecho a la protección de la familia consagrado en el artículo 17 de la Convención, en perjuicio de las señoras Ospina, Mosquera y Naranjo, así como en perjuicio de Oscar Tulio Hoyos Oquendo, Edid Yazmín Hoyos Ospina, Oscar Darío Hoyos Ospina, Hilda Milena Villa Mosquera, Lubín Arjadi Mosquera, Ivan Alberto Herrera Mosquera, Carlos Mario Villa Mosquera, Luisa Fernanda Herrera Vera, Sofía Flórez Montoya, Madelen Araujo Correa, Daniel Esteven Herrera Vera, Carlos Mario Bedoya Serna, Mateo Rodríguez, Juan David Naranjo Jiménez, Sandra Janeth Naranjo Jiménez, Alejandro Naranjo Jiménez, Alba Mery Naranjo Jiménez, María Camila Naranjo Jiménez, Aura María Amaya Naranjo, Esteban Torres Naranjo, Erika Johann Gómez y Heidi Tatiana Naranjo Gómez. Las víctimas Migdalia Andrea Hoyos Ospina, Sebastián Naranjo Jiménez, Lubín Alfonso Villa Mosquera, Luis Alfonso Mosquera Guisao, Luisa María Mosquera Guisao y Marlon Daniel Herrera Mosquera, niñas o niños, quienes vieron menoscabado su derecho a la protección de la familia, también sufrieron en relación con ello la vulneración del artículo 19 de la Convención.

VIII-I

**DERECHO A LA VIDA FAMILIAR²⁹⁵ Y A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA²⁹⁶,
DERECHOS DEL NIÑO²⁹⁷, GARANTÍAS JUDICIALES²⁹⁸ Y PROTECCIÓN
JUDICIAL²⁹⁹, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y
GARANTIZAR LOS DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN³⁰⁰ Y EL DEBER DE
ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO³⁰¹**

144. La Corte nota que el presente caso se enmarcó en un contexto de serias irregularidades en los procesos de adopción de niñas y niños guatemaltecos, favorecido por una debilidad institucional de los órganos de control y una normativa flexible e inadecuada que facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al “lucrativo” negocio de las adopciones internacionales (*supra* párrs. 61 a 71). En Guatemala, a partir del enfrentamiento armado interno, las adopciones internacionales crecieron exponencialmente, “principalmente a raíz de la falta de control estatal, a la corrupción y a una legislación permisiva”³⁰². Como resaltó la Relatora Especial sobre la Venta de Niños “[l]o que había empezado como un legítimo intento por encontrar rápidamente acomodo para unos niños que necesitaban desesperadamente un hogar, se convirtió en un lucrativo

295. El artículo 11.2 de la Convención establece que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

296. El artículo 17.1 de la Convención establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

297. El artículo 19 de la Convención establece que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

298. El artículo 8.1 de la Convención establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

299. El artículo 25.1 de la Convención establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

300. El artículo 1.1 de la Convención establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

301. El artículo 2 de la Convención establece que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

302. CIGIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, pág. 22 (expediente de prueba, folio 3019).

negocio cuando se hizo patente que en otros países había una gran demanda de bebés que pudieran ser adoptados”³⁰³ (*supra* párr. 61).

145. La Corte resalta que, de acuerdo a la CICIG, la dimensión cuantitativa y cualitativa de las irregularidades cometidas en los trámites de adopción internacional, que fueron toleradas por los entes públicos encargados del control de dichos trámites, “lleva a concluir que las mismas no han tenido carácter excepcional, sino que han sido una práctica sistemática”³⁰⁴ y que “no podrían haberse llevado a término sin la participación o al menos la aquiescencia de agentes del Estado”³⁰⁵. Además, concluyó que la comisión de estos delitos requería la conformación de estructuras con características de delincuencia organizada transnacional, donde “[l]a participación de las instituciones del Estado tuvo un rol central en las actividades”, por vía de la actuación de algunos jueces, funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, registradores civiles, funcionarios migratorios, entre otros³⁰⁶.

146. Asimismo, este Tribunal destaca que el Estado había sido advertido, desde 1996, por el Comité de los Derechos del Niño, de la existencia de redes de adopciones ilegales en Guatemala y que los mecanismos para evitar y combatirlos eran “insuficientes e ineficaces” (*supra* párr. 65). Sin embargo, no fue sino hasta el 2007 que el Estado adoptó medidas para enfrentar esta situación (*supra* párr. 70).

147. Teniendo en cuenta este contexto, en el presente capítulo, la Corte analizará y determinará si la separación de los hermanos Ramírez de su familia, por medio de la declaratoria de abandono, las posteriores adopciones internacionales y los recursos interpuestos contra estas acciones, violó los derechos a no ser sometido a injerencias arbitrarias en la vida familiar; a la protección de la familia, los derechos del niño, las garantías del debido proceso, la protección judicial y la prohibición de discriminación, consagrados en los artículos 8.1, 11.2, 17.1, 19 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Con este propósito, la Corte pasa a (A) realizar algunas consideraciones generales sobre las obligaciones de los Estados en casos que involucran a niñas y niños, para posteriormente examinar (B) las irregularidades y violaciones al debido proceso cometidas en el procedimiento de declaración de abandono; (C) la compatibilidad de los procedimientos de adopción internacional de los hermanos Ramírez

303. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía después de la visita de julio de 1999, Doc. ONU E/CN.4/2000/73/Add.2, párr. 11, (expediente de prueba, folio 2729), y peritaje rendido por Carolina Pimentel González ante fedatario público el 16 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7280).

304. CICIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, pág. 81 (expediente de prueba, folio 3078).

305. CICIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, pág. 81 (expediente de prueba, folio 3078).

306. *Cfr.* CICIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, págs. 23 y 45 (expediente de prueba, folios 3020 y 3042).

con la Convención Americana; (D) la efectividad, diligencia y plazo razonable de los recursos judiciales interpuestos contra la separación familiar, y (E) la prohibición de discriminación.

A. Consideraciones generales sobre los derechos del niño

148. En el presente caso, las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia, a la vida familiar y a los derechos del niño deben interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de las niñas y los niños. Tal como esta Corte 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 niñas y niños³⁰⁷. En este sentido, en el análisis de los hechos de este caso se hará particular mención a la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰⁸.

149. Las niñas y los niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19³⁰⁹. Esta disposición irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad, en virtud de su condición como tal³¹⁰. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³¹¹. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³¹². Por tal motivo, la Convención dispone

307. 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 Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 106.

308. Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 6 de junio de 1990, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

309. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay, supra*, párr. 121; *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 117, y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66.

310. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 66.

311. 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; *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, supra*, párr. 106, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 66.

312. Cfr. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 143, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 66. Véase también, *Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Doc. ONU CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos³¹³. Las medidas de protección que deben adoptarse en virtud del artículo 19 de la Convención deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto³¹⁴.

150. Por otra parte, específicamente con respecto a la vida familiar, las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas³¹⁵. Este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia. En este sentido, las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal³¹⁶.

151. En toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo³¹⁷. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia³¹⁸. La Corte reitera que el interés superior 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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³¹⁹.

152. 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 de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o

313. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 66.

314. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 121, y *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 117.

315. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 67 y 71.

316. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 72, 75 y 77; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 47, y *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 226.

317. Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 3, 6 y 12; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 27 de noviembre de 2003, Doc. ONU CRC/GC/2003/5, párr. 12, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 69. Véase también, peritaje rendido por Carolina Pimentel González ante fedatario público el 16 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7244).

318. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 65, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 218.

319. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 56, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 106.

imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia³²⁰.

153. Teniendo en cuenta estas consideraciones generales, así como el contexto en que se dieron los hechos de este caso, la Corte se pronunciará a continuación sobre la declaración de abandono; los procedimientos de adopción; los recursos interpuestos por la familia contra la separación familiar, y la prohibición de discriminación en el marco de estos procesos.

(...)

161. La Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen directamente la vida familiar de manera complementaria. Esta Corte ha considerado que posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado deben analizarse, no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, 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 del mismo cuerpo legal³²¹.

162. En el presente caso, el proceso de declaración de abandono conllevó, desde su inicio, la separación de la familia Ramírez. 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 familiar³²². Asimismo, en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia³²³, y en especial las niñas y los niños, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo³²⁴.

320. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 50.

321. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 175, e *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 174.

322. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 66, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 104.

323. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 71; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 424, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 173.

324. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 71, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 424.

En este sentido, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia³²⁵.

163. La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica³²⁶, la cual incluye a los familiares más cercanos. Esta familia debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado³²⁷. Esta Corte recuerda que no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales³²⁸.

164. En casos que involucran la custodia de niñas y niños esta Corte ha señalado que a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos³²⁹. Adicionalmente se ha establecido que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano³³⁰. En este sentido, la perita Magdalena Palau Fernández, señaló que "si alguien en [la] familia extensa no pu[ede] brindarle cuidado, deberá también buscarse en [el] entorno afectivo [del niño], es decir, parientes no consanguíneos con quien el niño tenga un vínculo afectivo"³³¹. Solo en el caso de que "todas esas alternativas anteriores fuer[a]n consideradas, investigadas suficientemente y descartadas, recién ahí debiera pensarse en una alternativa de cuidado por parte de personas desconocidas o extrañas para el niño"³³².

165. Una de las interferencias estatales más graves en la familia es la que tiene por resultado su separación o fraccionamiento. Las separaciones legales del niño de su familia

325. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 72, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 104.

326. Cfr. Dictamen del perito García Méndez rendido en audiencia pública del *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, trasladado al expediente del presente caso mediante la Resolución del Presidente de la Corte de 11 de abril de 2017 (*supra* nota 5).

327. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 119, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 104.

328. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 272, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 178.

329. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 119.

330. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 70, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 98. En el mismo sentido, véase, Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 272, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 178.

331. Peritaje rendido por Magdalena Palau Fernández ante fedatario público el 9 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7023).

332. Peritaje rendido por Magdalena Palau Fernández ante fedatario público el 9 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7023).

biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, son temporales³³³. 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.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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. [...]

(...)

(j) *Derecho a ser oído*

170. La Corte advierte que la obligación de escuchar a los niños y sus padres incluida en la ley coincide con el derecho a ser oído consagrado por la Convención Americana. Al respecto, este Tribunal ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho que ostentan todas las personas, incluidos las niñas y los niños, a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos³³⁷.

171. Específicamente, respecto de niñas y niños, este Tribunal ha indicado que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho a ser oído, con el objeto de que la intervención de la niña o niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés

333. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 77; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 125, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 416.

337. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 196, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 228.

genuino³³⁸. En efecto, existe una relación directa entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño. No es posible una aplicación correcta del interés superior del niño sin respetar su derecho a ser oído, el cual abarca el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño³³⁹. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la importancia de que las niñas y los niños sean escuchados en los procesos donde se adopten decisiones de apartarlos de su familia porque son víctimas de abusos o negligencia en su hogar³⁴⁰, como se alegó presuntamente ocurría en este caso por lo cual se llevó a cabo el proceso de declaración de abandono.

172. La Corte reitera que las niñas y niños ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (*supra* párr. 150). 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 derechos³⁴¹. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso³⁴². El derecho a ser oído además presupone que la niña o niño sea informado adecuadamente sobre sus derechos, las razones y consecuencias del proceso que se está llevando a cabo, así como que esta información sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez³⁴³. En este sentido, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser oídos directamente o por medio de un representante, si así lo desean³⁴⁴.

173. En el presente caso, Osmín Tobar Ramírez tenía entre siete y ocho años de edad durante el procedimiento de declaración de abandono. De acuerdo a lo que declaró en la

338. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 99; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 196, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 228.

339. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 200 y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 230, citando el Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, Doc. ONU CRC/C/GC/12, párrs. 15 y 53. Véase también, Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 43.

340. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, Doc. ONU CRC/C/GC/12, párrs. 53 y 54.

341. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 122, citando el Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, Doc. ONU CRC/C/GC/12, párr. 21.

342. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 102; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 199, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 143.

343. *Mutatis mutandi*, Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 197.

344. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 199.

audiencia pública, nunca fue informado que se estaba realizando un proceso de declaración de abandono, ni qué implicaciones podría tener este proceso para él³⁴⁵. Además, consta en el expediente, que Osmín Tobar Ramírez no fue escuchado directamente por la jueza a cargo del proceso de declaratoria de abandono en ninguna oportunidad. La opinión de Osmín Tobar Ramírez solo parece haber sido consultada por una trabajadora social de la Asociación Los Niños, en relación con la posibilidad de que su madrina se hiciera cargo de él³⁴⁶. La Corte advierte que no consta en el expediente evidencia de dicha entrevista, más allá del propio dicho de la trabajadora social de la Asociación Los Niños en el informe que remitió al juzgado de menores correspondiente. Sin perjuicio de ello, aún en el caso de que efectivamente se le hubiere consultado su opinión sobre vivir con su madrina, este Tribunal destaca que no se le entrevistó sobre las condiciones de vida con su madre, su abuela o su padre en ninguna etapa del proceso judicial. Al no haberse escuchado a Osmín Tobar Ramírez, la autoridad judicial no pudo valorar sus opiniones sobre el asunto. Por el contrario, su opinión no se tomó en cuenta en lo absoluto y ni siquiera se le informó y explicó el proceso que se estaba llevando a cabo. Esto refleja que las autoridades guatemaltecas no lo consideraron un sujeto de derechos, cuya opinión era primordial antes de adoptar una decisión que afectaba directamente su interés superior y que tenía consecuencias significativas en su desarrollo. Lo anterior constituye una violación al derecho a ser oído y ser debidamente tomado en cuenta, consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Osmín Tobar Ramírez.

174. Por otra parte, respecto al padre de Osmín Tobar Ramírez, Gustavo Tobar Fajardo, este no fue escuchado ni formó parte del proceso de declaración abandono. Al respecto, el Código Civil de Guatemala señalaba que corresponde al padre junto con la madre la obligación de cuidar y sustentar a sus hijos³⁴⁷. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres** tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño³⁴⁸. (*Resaltado fuera del original*)

345. *Cfr.* Declaración rendida por Osmín Tobar Ramírez en la audiencia pública celebrada ante esta Corte.

346. *Cfr.* Estudio social de la trabajadora Social de la Asociación Los Niños de 4 de mayo de 1997 (expediente de prueba, folio 4316).

347. *Cfr.* Código Civil de Guatemala, 9 de octubre de 1963, art. 253 (expediente de prueba, folio 3469).

348. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18.1.

175. Específicamente, respecto a procesos de separación de las niñas y los niños de sus padres, la Convención establece que se debe ofrecer “a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”³⁴⁹.

176. Si bien el señor Tobar Fajardo se encontraba viviendo en México al momento de la declaratoria de abandono, seguía siendo el padre de Osmín Tobar Ramírez. La separación temporal de un niño de su familia no implica que deje de ser su familia. En el mismo sentido, la Corte advierte que las autoridades tampoco contactaron a la persona que aparecía como padre de J.R. en su registro de nacimiento. Al ser ambos padres los principales responsables del cuidado de sus hijos (*supra* párrs. 163 y 174), de considerarse necesario la separación de los niños de uno de sus progenitores, se debe considerar primero la posibilidad de que el otro progenitor se haga cargo de su hijo³⁵⁰.

177. El Juzgado que conoció del caso no realizó diligencia alguna para contactar al señor Tobar Fajardo. Por el contrario, presumió que no tenía interés o capacidad de hacerse cargo de Osmín Tobar Ramírez. Por tanto, la falta de participación del señor Tobar Fajardo implicó un incumplimiento a lo estipulado en el Código de Menores que exigía escuchar a los padres de los niños. Además, constituye una violación al derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.I de la Convención Americana.

178. Respecto a la señora Ramírez Escobar, la Corte nota que sí formó parte del procedimiento, a diferencia de Gustavo Tobar Fajardo y de Osmín Tobar Ramírez. La señora Ramírez Escobar presentó una declaración el 9 de enero de 1997, cuando por cuenta propia se presentó al juzgado para solicitar que le devolvieran a sus hijos (*supra* párr. 86). Asimismo, fue entrevistada por la Procuraduría General de la Nación como parte de los estudios sociales realizados por dicha entidad sobre su persona y su madre (*supra* párrs. 94 y 95), y por la Unidad de Psicología del Organismo Judicial como parte del examen psicológico que se realizó a ella y a su madre (*supra* párr. 98). No obstante, no es posible afirmar que dichas intervenciones de la señora Ramírez Escobar hayan sido tomadas en cuenta, ya que no se reflejan en la motivación de la decisión, lo cual será analizado con mayor detalle en los párrafos 187 a 192.

(...)

349. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9.2.

350. *Cfr. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, supra*, párr. 119.

193. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte concluye que la separación de la familia Ramírez fue realizada tras una investigación insuficiente, en un procedimiento que incumplió la propia legislación interna y violó el derecho a ser oído y sin que una motivación adecuada y suficiente de las decisiones judiciales demostrara que la separación era una medida necesaria para el interés superior de los hermanos Ramírez. Por tanto el proceso de declaración de abandono constituyó una injerencia arbitraria en la vida familiar, una violación del derecho a las garantías judiciales y de la protección de la familia, consagrados en los artículos 8.1, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de este último.

194. Por otra parte, los representantes alegaron la violación del artículo 2 porque la legislación “no garantizaba que se tomara en cuenta la opinión de los niños y niñas durante todo el proceso de declaración de abandono”, ni tampoco lo contemplaba como una medida de último recurso”.

195. En este sentido la Corte nota que los artículos del Código de Menores, aplicados en el presente caso, corresponden al tradicional modelo denominado “tutelar” en el que las niñas y los niños eran concebidos como objetos de protección. No obstante, este modelo no se funda en la prevalencia del interés superior de las niñas y niños ni en el reconocimiento de su autonomía y dignidad como sujetos de derechos. Sobre el particular cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en 1990 y que esta Corte considera parte esencial del *corpus juris* internacional que informa el artículo 19 de la Convención Americana (*supra* párr. 149), de manera expresa previó el interés superior de los niños como mandato exigible a autoridades públicas y particulares, administrativas, legislativas o judiciales, en la aplicación de todas las medidas que los involucre (*supra* párr. 152). El interés superior del niño junto con los demás principios rectores que deben implementarse en todo sistema de protección integral³⁶⁴ (*supra* párr. 152), transformaron sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, a partir del cual se abandona su concepción como sujetos incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. De esta manera, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades (*supra* párrs. 150, 171 y 172). La Convención sobre los Derechos del Niño además recoge un catálogo de derechos fundamentales con diversidad de facetas (de abstención y positivas - prestacionales) necesarios para adoptar las medidas de protección integral que resulten adecuadas y pertinentes en cada situación.

364. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 69.

196. Desde esta nueva perspectiva, es indiscutible el reconocimiento de las niñas y niños como sujetos de derecho que, en ejercicio de la dignidad, son partícipes activos en el destino de su propia existencia, y que, atendiendo a condiciones especiales de vulnerabilidad, deben ser protegidos integralmente por parte de la familia, la sociedad y el Estado con miras a lograr el pleno desarrollo de sus capacidades, de manera autónoma y libre. En este escenario, el interés superior del niño se establece como un eje transversal con efecto expansivo, que constituye un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento³⁶⁵ (*infra* párr. 215). Las normas del Código de Menores aplicadas en el presente caso no se adecuaban a este triple aspecto del concepto de interés superior del niño ni a los demás principios rectores y derechos que se derivan de una concepción de las niñas y los niños como sujetos plenos de derecho y no solo objetos de protección. Ello resultó evidente en el presente caso, donde la opinión de los niños en cuanto a la separación familiar nunca fue recabada por la autoridad judicial que resolvió su situación (*supra* párr. 173); la autoridad judicial no ofreció una motivación adecuada y suficiente que justificara la decisión de separación familiar en un análisis de la situación específica de los niños (*supra* párr. 192), y el texto expreso de las normas preveía la declaración de “abandono” o “peligro” para situaciones donde ningún adulto “los t[uviera] a su cargo” o pudieran “adoptar una conducta irregular o viciosa”, reflejando una percepción de los niños como personas incapaces y objetos de protección estatal, y no como personas a quienes el Estado debe respetar y garantizar la plenitud de los derechos consagrados en la Convención, así como algunas medidas especiales para su adecuada supervivencia y desarrollo. Por tanto, la Corte concluye que las normas que regulaban el proceso de declaración de abandono en el Código de Menores no se adecuaban a la Convención Americana y, en consecuencia, conllevaron una violación del artículo 2 de la Convención en el presente caso.

(...)

201. La adopción internacional es una forma permanente de cuidado sustituto que puede contemplarse como una de las posibles medidas de protección, alternativas al entorno familiar, bajo el artículo 19 de la Convención Americana. La adopción internacional, a diferencia de otras medidas de cuidado permanente, separa al niño no solo de su entorno familiar sino de su propio país. En virtud de ello, el derecho internacional exige el cumplimiento de una serie de requisitos materiales y procesales, en todas las etapas del procedimiento de adopción, para proteger los derechos humanos y los mejores intereses de cualquier niño que está siendo considerado para ser dado en adopción en el extranjero³⁶⁶.

365. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU. CRC/C/GC/14, párrs. 6 y 14.

366. Cfr. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6958).

202. En el presente caso corresponde determinar si en los procedimientos de adopción internacional de J.R. y de Osmín Tobar Ramírez se cumplieron estos requisitos materiales y procesales exigidos por el derecho internacional, tomando en cuenta los principios rectores mencionados y a la luz de las obligaciones establecidas en la Convención Americana (*supra* párrs. 149 a 153).

203. Como se mencionó previamente, el conjunto de normas que buscan garantizar los derechos humanos de las niñas y los niños constituye el *corpus iuris* internacional que informa y define el contenido del artículo 19 de la Convención Americana (*supra* párr: 149). En el marco de adopciones internacionales, estas normas están reflejadas principalmente en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

204. Dicha norma, junto con otras de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece las siguientes obligaciones específicas a los Estados de relevancia en procedimientos de adopción: (i) proteger la identidad del niño y sus relaciones familiares (artículo 8³⁶⁷), (ii) brindar a los padres la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño (artículo 18³⁶⁸); (iii) asegurar la adoptabilidad de la niña o niño y la legalidad de la determinación de la situación jurídica de la niña o niño a ser dado en adopción (artículo 21.a); (iv) asegurar que los padres hayan dado su consentimiento a la adopción de forma libre e informada (artículo 21.a), (v) garantizar que la adopción internacional sea considerada solamente, de manera subsidiaria, es decir, si no existe una alternativa adecuada de atención y cuidado para la niña o niño en su país de origen (artículo 21.b); (vi) garantizar que la adopción no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella (artículo 21.d), (vii) prevenir el secuestro, la venta o la trata de niñas y niños (artículo 35³⁶⁹)³⁷⁰.

367. El referido artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

368. El referido artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

369. El referido artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

370. *Cfr.* Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6941).

205. Adicionalmente, en el sistema interamericano de derechos humanos, la mayoría de los Estados parte de la Convención y algunos miembros de la OEA³⁷¹ también están obligados por el Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales de 1993. Dicho tratado introduce ciertas obligaciones sobre la práctica de las adopciones internacionales³⁷² y ha sido considerado como un instrumento de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en esta materia³⁷³. Guatemala se adhirió al Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales en 2002, por lo cual las obligaciones específicas en él contenidas habrían entrado en vigor para dicho Estado en marzo de 2003³⁷⁴. Sin embargo, debido a un proceso interno de inconstitucionalidad de la adhesión a dicho tratado, la Corte de Constitucionalidad no reconoció la adhesión de Guatemala a dicho convenio sino hasta mayo de 2007 (*supra* párrs. 69 y 70). Los procedimientos de adopción de los hermanos Ramírez comenzaron en 1998 y el último recurso se archivó en septiembre de 2002 (*supra* párrs. 112 a 136). Por tanto, las obligaciones materiales y procesales derivadas, específicamente, del Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales no son aplicables a los hechos de este caso.

371. Específicamente, el Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales es aplicable a los siguientes Estados de la OEA: (1) Bolivia (1 de julio de 2002); (2) Belice (1 de abril de 2006); (3) Brasil (1 de julio de 1999); (4) Canadá (1 de abril de 1997); (5) Chile (1 de noviembre de 1999); (6) Colombia (1 de noviembre de 1998); (7) Costa Rica (1 de febrero de 1996); (8) Cuba (1 de junio de 2007); (9) Ecuador (1 de enero de 1996); (10) El Salvador (1 de marzo de 1999); (11) Estados Unidos de América (1 de abril de 2008); (12) Guatemala (1 de marzo de 2003); (13) Haití (1 de abril de 2014); (14) México (1 de mayo de 1995); (15) Panamá (1 de enero de 2000); (16) Paraguay (1 de septiembre de 1998); (17) Perú (1 de enero de 1996); (18) República Dominicana (1 de marzo de 2007); (19) Uruguay (1 de abril de 2004), y (20) Venezuela (1 de mayo de 1997). Las fechas corresponden a las fechas de entrada en vigor del tratado para cada uno de estos Estados.

372. Cfr. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6940). En este sentido, el preámbulo del referido Convenio de La Haya establece que con este se desea "establecer [...] disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986)". Preámbulo del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

373. Cfr. UNICEF, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño. Innocenti digest No. 4: Adopción Internacional, 1999, pág. 5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a varios Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptar el Convenio de la Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional por esta razón. En este sentido, véase, ONU, Comité de los Derechos del Niño, Reporte a la Asamblea General de la ONU, 8 de mayo de 2000, Doc. ONU A/55/41. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a5541.pdf>

374. De acuerdo al artículo 44 del Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales, los Estados que no son miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado pueden "adherirse al Convenio después de su entrada en vigor", y "[l]a adhesión solo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio". En el caso de Guatemala, cinco Estados (Canadá, Alemania, los Países Bajos, España y el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) formularon objeciones a su adhesión, debido a la falta de adecuación de su legislación interna con las obligaciones derivadas del tratado, por lo cual dicho convenio no ha entrado en vigor respecto de ellos y Guatemala. Cfr. Estado de ratificaciones. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=767&disp=type>

206. La Corte Interamericana analizará las adopciones internacionales que sucedieron en este caso, con base en las obligaciones en vigor para Guatemala en la época de los hechos, particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, que informa el contenido del artículo 19 de la Convención Americana (*supra* párrs. 149, 203 y 204). Asimismo, en virtud de los efectos que tiene una adopción sobre la familia, las vulneraciones cometidas en un procedimiento de adopción también afectan el derecho a la protección de la vida familiar, contemplado en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de manera complementaria (*supra* párrs. 161 y 162). Por último, como todo procedimiento en el que se determinan derechos, un procedimiento de adopción debe respetar las garantías judiciales mínimas contempladas en el artículo 8.1 de la Convención. Por tanto, en el presente caso la Corte examinará las adopciones internacionales en función de las obligaciones derivadas de los artículos 8.1, 11.2, 17.1 y 19 de la Convención, a la luz de las obligaciones específicas contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño.

207. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, a efecto de respetar plenamente las condiciones estipuladas en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los procedimientos de adopción, los Estados deben considerar que: (i) la adopción de niñas y niños solo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor de edad es adoptable; (ii) toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior de la niña o el niño y debe ajustarse al derecho nacional e internacional; (iii) en todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones de la niña o el niño, teniendo presente su edad y madurez, y (iv) debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia, y de no ser posible, a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia de la niña o niño o al menos dentro de su propia cultura³⁷⁵.

208. La Corte estima que, a efectos de determinar la compatibilidad de los procedimientos de adopción internacional llevados a cabo en este caso con la Convención Americana, debe constatar el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que se haya verificado que los niños podían ser adoptados legalmente (adoptabilidad); (ii) que se haya evaluado el mejor interés de los niños como factor determinante y consideración primordial en la decisión sobre adopción (interés superior del niño); (iii) que se haya garantizado el derecho de los niños a ser escuchados (derecho a ser oído); (iv) que la adopción internacional solo haya sido autorizada después de verificar que a los niños no podía ofrecérseles el cuidado adecuado en su país o en el país de residencia habitual (subsidiariedad), y (v) que se haya verificado que ninguna persona o entidad hubiera generado beneficios económicos indebidos en cualquier etapa del procedimiento de adopción (prohibición de beneficios económicos indebidos).

375. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, Doc. ONU CRC/GC/2005/6, párr. 91.

(...)

C.2.a Evaluación del interés superior del niño

215. Como se mencionó previamente, el interés superior del niño es un concepto triple que constituye un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (*supra* párr. 196). Como derecho sustantivo, crea la obligación en los Estados de evaluar y considerar el interés superior del niño en toda cuestión que les concierna³⁸³. Como principio interpretativo, garantiza que en todo supuesto en que una disposición jurídica permita más de una interpretación se debe seleccionar la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño³⁸⁴. Como norma de procedimiento, este principio asegura que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña o niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados³⁸⁵. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado cómo esto requiere de garantías procesales, así como que en la decisión se explique cómo se ha respetado este derecho, es decir, “qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”³⁸⁶.

216. En el contexto de adopciones, la Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera expresa que el interés superior del niño es una “consideración primordial” (*supra* párr. 203). Esto significa que tiene máxima prioridad y no está al mismo nivel de las demás consideraciones³⁸⁷. Si se está contemplando la adopción, se debe evaluar y determinar, en cada caso concreto, que esté de conformidad con los mejores intereses del niño y sus derechos humanos, por lo cual la adopción es la mejor opción para ese niño. Implica evaluar la adoptabilidad del niño desde una perspectiva psico-social, “estableciendo por un lado que el niño se beneficiará realmente de la adopción, y de otro lado, que la adopción

383. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 6, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 20 de septiembre de 2006, Doc. ONU CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 13.

384. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 6.

385. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 6.

386. Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrs. 6 y 14.

387. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrs. 36 a 40.

puede potencialmente verse como la medida más adecuada para satisfacer las necesidades generales del niño y sus derechos”³⁸⁸.

(...)

223. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que los Estados Partes en la Convención sobre Derechos del Niño tienen la obligación de velar por que los proveedores privados de servicios actúen de conformidad con las disposiciones de dicha Convención, creándose así obligaciones indirectas para esas entidades³⁹⁷. La delegación en los particulares no reduce en modo alguno la obligación estatal de garantizar el reconocimiento y la realización plenos de los derechos a todos los niños sometidos a su jurisdicción³⁹⁸. En forma particular, la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten³⁹⁹. Por tanto, la Corte resalta que, al delegar en los notarios el otorgamiento de adopciones, era responsabilidad del Estado velar por que dichas personas privadas respetaran y garantizaran, entre otros, el derecho del interés superior del niño como una consideración primordial para otorgar la adopción.

(...)

226. La determinación del interés superior del niño, cuando la adopción internacional es una posibilidad, es un ejercicio complejo, pues se debe evaluar en qué medida la adopción en el extranjero sería compatible con otros derechos del niño (tales como, el derecho a crecer hasta donde sea posible bajo el cuidado de sus padres⁴⁰³ o el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de ninguno de los elementos de su identidad⁴⁰⁴),

388. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6945).

397. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 27 de noviembre de 2003, Doc. ONU CRC/GC/2003/5, párr. 43.

398. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 27 de noviembre de 2003, Doc. ONU CRC/GC/2003/5, párr. 44.

399. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 25.

403. Al respecto, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”

404. Al respecto, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

así como la situación familiar del niño (incluyendo las relaciones con hermanos) y “tratar de predecir el potencial del niño para adaptarse a los nuevos arreglos de cuidado en un nuevo ambiente”⁴⁰⁵. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que, al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los siguientes pasos: a) determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás⁴⁰⁶, con la particularidad de que en la adopción debe ser el factor determinante⁴⁰⁷, y b) seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho⁴⁰⁸.

(...)

C.2.b Derecho a ser oído

228. Como se mencionó previamente, las niñas y los niños tienen derecho a ser oídos en todos los asuntos que les afectan, de acuerdo a su edad y madurez (*supra* párrs. 170 a 172). La adopción, nacional o internacional, indudablemente es uno de estos asuntos. En virtud de este derecho, en los procedimientos de adopción de los hermanos Ramírez, los niños han debido ser escuchados para que se identificaran sus opiniones y estas opiniones han debido ser consideradas, de acuerdo a su edad y madurez en 1998 (*supra* párr. 172). Además, este derecho lleva implícito que el niño o niña sea asesorado y debidamente informado de las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la misma, de ser el caso.

405. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6959). El perito Nigel Cantwell sugiere que, para que el interés superior de un niño sea tomado en cuenta en un procedimiento de adopción internacional, el Estado de origen, debe asegurarse a través de las autoridades competentes que se respete lo siguiente: (i) determinar la adoptabilidad; (ii) permitir que el niño libremente indique o rechace su consentimiento; (iii) preparar un informe del niño, incluyendo la determinación de los mejores intereses; (iv) preparar al niño para la adopción; (v) emprender una aproximación preliminar de los posibles adoptantes (propuestos por el Estado receptor y aceptados provisionalmente por el Estado de origen) con el niño; (vi) proveer a los posibles adoptantes “emparejados” (*matched* en inglés) y al niño una oportunidad para ir desarrollando vínculos de afinidad, bajo supervisión adecuada y con acceso a consejería, y, si se consigue establecer exitosamente vínculos de afinidad (vii) confiar el niño a los adoptantes y legalizar la adopción. Cfr. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folios 6959 y 6960).

406. De acuerdo al Comité, entre los elementos que se deben evaluar para determinar el mejor interés de un niño están los siguientes: (i) la opinión del niño; (ii) la identidad del niño; (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; (iv) el cuidado, protección y seguridad del niño; (v) la situación de vulnerabilidad; (vi) el derecho del niño a la salud; (vii) el derecho del niño a la educación. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrs. 48 a 84.

407. Cfr. Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 38.

408. Cfr. Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 46.

229. El derecho a ser oído es una de las garantías procedimentales que son necesarias a efectos de cumplir con el interés superior del niño (*supra* párr. 171). No se puede garantizar el interés superior del niño en un procedimiento de adopción si el niño en cuestión no es escuchado, en tanto su opinión es un elemento imprescindible para su determinación.

230. En el presente caso, no existe evidencia alguna de que Osmín Tobar Ramírez o J.R. hubieran sido escuchados o sus opiniones hubieran sido consideradas, a efectos de autorizar y conceder sus adopciones. En efecto, Osmín Tobar Ramírez declaró en la audiencia que nadie le preguntó su opinión durante el procedimiento de adopción o siquiera le explicaron que iba a ser adoptado, sino que se dio cuenta al ver a personas extranjeras “entra[r] y sali[r] de la casa hogar] y recoge[r] niños”, y que “estos chicos que estaban en el mismo hogar salían y nunca regresaban”⁴⁰⁹. El procedimiento de adopción por vía notarial prescindía completamente de la opinión de los niños, de forma tal que estaba más orientado a garantizar el interés de los adoptantes y no el de los niños⁴¹⁰. Por tanto, este Tribunal considera que el Estado tampoco cumplió con el requisito de garantizar el derecho de los niños a ser oídos respecto de su adopción internacional.

C.2.c Subsidiaridad de la adopción internacional

231. El principio de subsidiaridad significa que la adopción internacional solo debe considerarse si no se ha podido encontrar otra solución adecuada de cuidado alternativo en el país de origen de la niña o niño. El “principio de subsidiariedad” sirve como una base para decidir si la adopción internacional es necesaria y en el mejor interés de una niña o niño, contrario a cualquier solución apropiada dentro de su país que pueda estar disponible. En virtud de dicho principio, la adopción internacional debe ser aprobada únicamente cuando la niña o niño “no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (*supra* párr. 203).

409. Declaración rendida por Osmín Tobar Ramírez en la audiencia pública celebrada ante esta Corte.

410. De acuerdo al informe de la CICIG, “la adopción internacional en Guatemala frecuentemente no es un medio para procurar una familia al menor que se encuentre en situación de desprotección, sino por el contrario, ha sido un mecanismo para conseguir hijos a quienes lo soliciten”. CICIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, pág. 81 (expediente de prueba, folio 3078).

232. El Comité de los Derechos del Niño, en similitud a lo alegado por la Comisión y los representantes, ha indicado que la adopción internacional debería considerarse como último recurso⁴¹¹. El perito Nigel Cantwell explicó que, si bien no resulta adecuado hablar de “último recurso”⁴¹², “es claro que la Convención [sobre] los Derechos del Niño especifica el requisito de examinar todas las opciones domésticas potencialmente adecuadas antes de considerar las posibilidades y la conveniencia de una adopción internacional”⁴¹³, lo cual se basa tanto en el artículo 21.b de la Convención sobre los Derechos del Niño como en el artículo 20.3 del mismo instrumento que establece que al examinar las soluciones, se tendrá debidamente en cuenta el trasfondo de la educación del niño y del origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño⁴¹⁴.

233. La Corte observa que en el presente caso, una vez que los niños fueron declarados en abandono, la única opción de cuidado permanente que se consideró fue la adopción internacional. Sin perjuicio de que la posibilidad de que los niños permanecieran bajo el cuidado de su familia extendida fue descartada de manera inadecuada en el marco del proceso de abandono (*supra* párr. 190), este Tribunal resalta que, antes de otorgar a los niños en adopción a familias en el extranjero, ni siquiera se evaluó o consideró la posibilidad de una adopción nacional u otras formas de cuidado en su país de origen, que respetaran su derecho a desarrollarse de acuerdo a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Por

411. *Cfr., inter alia*, Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: México*, 7 de febrero de 1994, CRC/C/15/Add.13, párr. 18, y Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia*, 11 de febrero de 2005, CRC/C/15/Add.256, párr. 42.

412. El perito explicó que una “medida de protección para un niño nunca debe tomarse sobre el fundamento de que la misma es el ‘último recurso’”. El propósito de los sistemas de protección del niño es determinar cuál de varias opciones disponibles responde mejor a las necesidades y respeta los derechos humanos de cada niño de manera individual, desde un punto de vista positivo y constructivo. Existe una importante diferencia entre, de una parte, estipular la necesidad de examinar las posibles soluciones nacionales para una atención adecuada antes de prever soluciones transfronterizas y, por otra, examinar las soluciones transfronterizas desde la perspectiva de que estas constituyen un ‘último recurso’. Si la adoptabilidad legal y psicosocial de un niño ha sido debidamente establecida, la responsabilidad de las personas encargadas de tomar las decisiones debería ser demostrar que la adopción internacional es necesaria para garantizar ‘la atención adecuada’ (CDN Artículo 21.b) para un niño porque ninguna otra opción doméstica se considera ‘adecuada’. El enfoque se basa, por lo tanto, en el requisito de examinar primero las soluciones nacionales viables y en la necesidad de establecer que la adopción internacional no solo constituye el único medio identificable para garantizar la ‘atención adecuada’ del niño sino también, e importante, un movimiento positivo para el niño en cuestión”. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6958).

413. Peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 6958).

414. El texto completo del referido artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

consiguiente, se concluye que el Estado tampoco cumplió con el principio de subsidiariedad al otorgar las adopciones internacionales de J.R. y de Osmín Tobar Ramírez.

C.2.d Prohibición de beneficios económicos indebidos

234. La Convención sobre los Derechos del Niño expresamente establece la obligación de los Estados de garantizar que la adopción internacional no genere o constituya una fuente de beneficios económicos indebidos (*supra* párr. 203).

235. Desde 1996, el Comité de los Derechos del Niño había advertido de la existencia de redes de adopciones ilegales en Guatemala y que los mecanismos para evitar y combatirlos eran “insuficientes e ineficaces”, por lo cual recomendó “implementar las medidas necesarias para supervisar y controlar efectivamente el régimen de adopción de niños, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención”⁴¹⁵ (*supra* párr. 65). Además, de acuerdo al informe de la CICIG, diversas autoridades de la Procuraduría General de la Nación conocían del contexto e ilegalidades en que se daban muchas adopciones en Guatemala y que daba pie a un lucrativo negocio para distintos de los actores involucrados⁴¹⁶. De acuerdo a varios peritos que declararon ante esta Corte, los niños fueron buscados para adopciones “desde que se plantearon los notarios que la adopción eran una forma de obtener dinero”, ya que una adopción costaba miles de dólares estadounidenses, “comerciendo así con la figura de la protección que debía otorgar la adopción”⁴¹⁷. La perita Carolina Pimentel explicó que estas altas cantidades de dinero “se repartía[n] entre agencias internacionales, casas cuna, trabajadores sociales en los países de origen y destino, funcionarios públicos, cuidadoras y notarios”⁴¹⁸.

(...)

258. Respecto de procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñas y niños que se encuentra en su primera infancia, la Corte ha establecido que deben ser manejados con

415. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Guatemala*, 7 de junio de 1996, CRC/C/15/Add.58, párrs. 21 y 34.

416. Cfr. CICIG, Informe sobre adopciones irregulares en Guatemala, 1 de diciembre de 2010, págs. 43 y 81 (expediente de prueba, folios 3040 y 3078).

417. Peritaje rendido por Jaime Tecú en la audiencia pública celebrada ante esta Corte e informe escrito sobre dicho peritaje (expediente de fondo, folio 1098).

418. Peritaje rendido por Carolina Pimentel González ante fedatario público el 16 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7278)

una diligencia excepcional por parte de las autoridades⁴³⁸. Asimismo, la Corte ha indicado que, debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo de procesos en una niña o un niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que contribuye a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o el niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído y su interés superior garantizado. En este sentido, no se puede afectar los derechos de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso⁴³⁹.

(...)

263. Con base en todo lo anterior, la Corte concluye que la duración de más de tres años para conceder la revisión de la situación jurídica de los niños y de más de cinco años hasta su archivo sobrepasó el plazo que pudiera considerarse razonable para la resolución de este tipo de recursos, por lo que ello constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1, 11.2 y 17.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y su hijo Osmín Tobar Ramírez, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de este último.

(...)

274. En el caso especial de niñas y niños, la prohibición de discriminación debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵⁵. El referido artículo 2 establece que las niñas y niños tienen derecho a no ser discriminados en razón de la condición, actividades, opiniones o creencias de los integrantes de su familia⁴⁵⁶.

438. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 51, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 127.

439. Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 143.

455. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 49, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 150.

456. El referido artículo 2 establece que: "1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

Esta Corte ha resaltado que la prohibición de discriminación en perjuicio de niñas y niños se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares⁴⁵⁷. En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado que las niñas y los niños pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres⁴⁵⁸. La discriminación que se alega en este caso habría tenido un impacto directo en los niños, quienes fueron privados de su medio familiar y separados al ser dados en adopción internacional a familias diferentes. Por tanto, de ser demostrados los alegatos de discriminación en el presente caso, estos afectarían no solo los derechos de los padres sino también los derechos de Osmín Tobar Ramírez, presunta víctima en este caso.

(...)

279. La Corte ha sido clara en que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención⁴⁶⁴. De manera similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la pobreza nunca puede ser la única razón para separar a las niñas o niños de sus familias⁴⁶⁵, y resaltó la obligación positiva de los Estados de crear condiciones que permitan el desarrollo del vínculo entre los padres y niñas y niños⁴⁶⁶. Con respecto a la separación de niñas o niños que provengan de familias en situación de pobreza, el Tribunal Europeo ha enfatizado que el mero hecho que la niña o el niño podría ser colocado en un ambiente más favorable para su crianza⁴⁶⁷ o la mera referencia a la situación de los padres no justifica per se una medida obligatoria de separación, ya que la última puede ser abordada con medios menos drásticos que la separación de la familia, tales como la asistencia financiera específica o el asesoramiento social⁴⁶⁸.

457. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, supra, párr. 151, y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, supra, párr. 273.

458. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Doc. ONU CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

464. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 76. Véase también, Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 62, y Comité de los derechos del niño, Observación General No. 21 sobre los niños de la calle, 21 de junio de 2017, Doc. ONU CRC/C/GC/21, párr. 46.

465. Cfr. TEDH, *Caso Saviny Vs. Ucrania*, No. 39948/06. Sentencia de 18 de diciembre de 2008, párrs. 51, 57 y 58, y *Caso Soares de Melo Vs. Portugal*, No. 72850/14. Sentencia de 16 de febrero de 2016, párrs. 89, 106 y 107. En este sentido, el Tribunal Europeo ha indicado que deben existir otras circunstancias apuntando a la "necesidad" de interferir con el derecho de los padres de disfrutar una vida familiar con su hijo, bajo el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cfr. TEDH, *Caso K. y T. Vs. Finlandia*, No. 25702/94. Sentencia de 12 de julio de 2001, párr. 173, y *Caso Kutzner Vs. Alemania*, No. 46544/99. Sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 69.

466. Cfr. TEDH, *Caso Soares de Melo Vs. Portugal*, No. 72850/14. Sentencia de 16 de febrero de 2016, párr. 89.

467. Cfr. TEDH, *Caso Saviny Vs. Ucrania*, No. 39948/06. Sentencia de 18 de diciembre de 2008, párrs. 50 y 107.

468. Cfr. TEDH, v, No. 39948/06. Sentencia de 18 de diciembre de 2008, párr. 50. Véase también, TEDH, *Caso Moser Vs.*

280. Por su parte, el Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que ni el desamparo ni la pobreza *per se* o el fracaso de mandar a la niña o al niño a la escuela pueden servir como razones de separar a la niña o al niño de sus padres⁴⁶⁹. Más bien, en el caso que esas deficiencias lleven al menoscabo del desarrollo infantil, el Estado deberá emplear sus recursos para que se subsanen esas deficiencias mientras se mantiene el niño o la niña en su familia⁴⁷⁰. Así, la propia Convención sobre los Derechos de los Niños prevé en su artículo 18.2 que “los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha reiteradamente manifestado su preocupación por la separación de niñas y niños de sus familias debido a pobreza⁴⁷¹ y ha recomendado que los Estados “ofrezca[n] el apoyo suficiente a las familias desfavorecidas, en particular servicios de asesoramiento y educación, y que vele por que solo se separe a un niño de sus padres cuando sea necesario, en virtud del interés superior del niño o por motivos jurídicos precisos”⁴⁷².

288. Este Tribunal reconoce que la falta de recursos puede tener un impacto en la crianza de niñas y niños, sobre todo cuando ello compromete la satisfacción de sus necesidades

Austria, No. 12643/02. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrs. 68 y 69; *Caso Wallová y Walla Vs. República Checa*, No. 23848/04. Sentencia de 26 de octubre de 2006, párr. 73; *Caso N.P. Vs. República de Moldavia*, No. 58455/13. Sentencia de 6 de octubre de 2015, párr. 79, y *Caso Soares de Melo Vs. Portugal*, No. 72850/14. Sentencia de 16 de febrero de 2016, párrs. 106 y 107.

469. *Cfr.* UNICEF, Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Tercera edición completamente revisada, 2007, pág. 123. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Nepal*, 21 de septiembre de 2005, Doc. ONU CRC/C/15/Add.261, párr. 54.

470. *Cfr.* UNICEF, Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Tercera edición completamente revisada, 2007, pág. 123.

471. Ver, *inter alia*, Comité de los Derechos del Niño, **Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Azerbaiyán**, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/AZE/CO/2, párr. 37, y *Observaciones finales: Hungría*, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/HUN/CO/2, párr. 30; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Rumania*, 13 de julio de 2017, Doc. ONU CRC/C/ROU/CO/5, párr. 45; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Líbano*, 22 de junio de 2017, Doc. ONU CRC/C/LBN/CO/4-5, párr. 26; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y quinto de Malawi*, 6 de marzo de 2017, Doc. ONU CRC/C/MWI/CO/3-5, párr. 29; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Panamá*, 28 de febrero de 2018, Doc. ONU CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 26.

472. Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Azerbaiyán*, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/AZE/CO/2, párr. 38, y *Observaciones finales: Hungría*, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/HUN/CO/2, párrs. 32 y 33. En el mismo sentido, véase, *inter alia*, Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones Finales: Bulgaria*, 24 de enero de 1997, Doc. ONU CRC/C/15/Add.66, párrs. 27 y 28, y Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Paraguay*, 10 de febrero de 2010, Doc. ONU CRC/C/PRY/CO/3, párr. 41.

más básicas como la alimentación y la salud. Sin embargo, la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión que suponga la separación del niño con respecto a su familia (*supra* párr. 279). El interés superior del niño, así como los derechos de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser objeto de interferencias arbitrarias en las mismas, exige que la posición económica de una familia solo pueda ser utilizada para la separación de la niña o niño de su familia cuando además se invoca otra razón de más peso que por sí misma justificaría esa medida.

(...)

303. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, la Corte concluye que la decisión de separar a los hermanos Ramírez de su familia biológica se fundamentó en argumentaciones relativas a la posición económica de sus familiares, estereotipos de género sobre la atribución de diferentes roles parentales a la madre y al padre, así como la orientación sexual de su abuela materna. Este Tribunal considera que estas constituyeron justificaciones discriminatorias que se utilizaron como base de la separación familiar. En consecuencia, concluye que el Estado es responsable por la violación de la prohibición de discriminación en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos a la vida familiar y la protección de la familia, consagrados en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez, así como en relación con el artículo 19 de la Convención en perjuicio de este último.

(...)

VIII-2. PROHIBICIÓN DE TRATA DE PERSONAS, GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

B.1 Consideraciones generales sobre la trata de personas con fines de adopción y la venta de niñas y niños en el marco del artículo 6 de la Convención

309. En el artículo 6.1 de la Convención Americana se establece que “[n]adie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. La Corte ha destacado que el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la Convención Americana y forma parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas, conforme al artículo 27.2 del mismo tratado⁴⁹⁷. Asimismo, la prohibición de la esclavitud es considerada una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*)⁴⁹⁸ y su violación puede configurar un delito de lesa humanidad⁴⁹⁹. Además, la Corte ha considerado que en virtud del carácter pluriofensivo de la esclavitud, al someter una persona a dicha condición, se violan varios derechos individualmente, algunos en mayor o menor intensidad dependiendo de las circunstancias fácticas específicas de cada caso⁵⁰⁰. Sin embargo, cuando se trata de la verificación de una situación prohibida por el artículo 6 de la Convención, los múltiples derechos afectados se subsumen bajo el artículo 6, el cual protege la definición específica y a la vez compleja del concepto de esclavitud⁵⁰¹.

310. En el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte resaltó que los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han trascendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las “personas” traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento⁵⁰². A la luz del desarrollo en el derecho internacional de las últimas

497. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 243.

498. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 249. Véase también: Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 11 de noviembre de 1994, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 8.

499. Cfr. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, 25 de mayo de 1993, Doc. ONU S/RES/827, art. 5.c; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, 8 de noviembre de 1994, Doc. ONU S/RES/955, art. 3.c; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, 8 de marzo de 2002, Doc. ONU S/2002/246, art. 2.c, y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1 de julio de 2002, Doc. ONU A/CONF.183/9, art. 7.1.c.

500. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 306.

501. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 306.

502. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 288.

décadas, este Tribunal ha interpretado que la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.I de la Convención Americana debe ser interpretada de manera

amplia para referirse a la “trata de personas”⁵⁰³. Por tanto, la prohibición contenida en el artículo 6.I de la Convención se refiere a:

- a. la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas;
- b. recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata;
- c. con cualquier fin de explotación⁵⁰⁴.

311. Tomando en cuenta esa definición, cabe recordar que la trata de personas constituye un delito que “convierte a la persona en un objeto que se puede comercializar, lo que conlleva su cosificación”⁵⁰⁵. En atención a los alegatos de las partes, corresponde a la Corte determinar si la trata de personas, cuya prohibición la Corte entendió protegida por el artículo 6.I de la Convención, también abarca la trata de personas con fines de adopción.

312. Como se desprende de la definición previamente establecida, el delito de trata de personas se puede cometer “con cualquier fin de explotación”. El elemento de finalidad no está limitado a un fin específico de explotación, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, sino que podría también comprender otras formas de explotación. Esta interpretación es acorde con el principio pro persona y el efecto útil de la prohibición de la trata de personas que -ante la gravedad del delito- busca la protección más amplia posible

503. En particular, la Corte ha destacado que, para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana y bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona, la protección conferida por ese artículo no puede limitarse únicamente a las mujeres o a los “esclavos”, de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades. *Cfr. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, supra*, párr. 289.

504. *Cfr. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, supra*, párr. 290.

505. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Manual sobre la investigación del delito de trata de personas - Guía de Autoaprendizaje, 2009, pág. 28 (expediente de prueba, folio 2423), y *cfr.* Peritaje rendido por Norma Angélica Cruz Córdova el 9 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7070).

506. En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha resaltado que “no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de la esclavitud que son una evolución de la idea original”. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), *Caso Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A. Sentencia de 12 de junio de 2002, párr. 119. Véase también: Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, 1 de julio de 2013, Doc. ONU A/HRC/24/43, párrs. 28, 33, 46 y 85 (expediente de prueba, folio 5135, 5137, 5140 y 5147).

contra las múltiples formas de explotación de las personas⁵⁰⁶. Ello también se evidencia en la definición de trata de personas contenida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), en el cual se indica, de manera explícita, que los fines de explotación incluidos en dicha definición son un “mínimo”⁵⁰⁷. Por tanto, es claro que no existe una lista exhaustiva de los fines de explotación posibles en la comisión del delito de trata de personas.

313. Específicamente, respecto de niñas y niños, el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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”⁵⁰⁸. Este Tribunal advierte que los conceptos de venta y trata de niñas y niños están íntimamente interrelacionados, pero no son idénticos o intercambiables. La trata se definió *supra*, mientras que la venta de niñas y niños se ha definido como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”⁵⁰⁹. Si bien estos delitos pueden solaparse, pues la venta de niñas y niños puede ocurrir en cualquiera de las etapas de la trata de niñas y niños, existen situaciones de trata de niñas y niños que no involucran venta de niñas y niños y viceversa⁵¹⁰.

507. El artículo 3 del Protocolo de Palermo define la trata de personas como: “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos [...]”. (*Subrayado fuera del original*) Además, en el mismo Protocolo se incluyó una definición de trata de niños más amplia, al indicarse que “[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003, Doc. ONU A/RES/55/25, art. 3.

508. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 35. Adicionalmente, el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, de la cual Guatemala no es parte, define el tráfico internacional de menores como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”. Dentro de los “Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre”. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, entrada en vigor el 15 de agosto de 1997, art. 2.

509. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entrada en vigor el 18 de enero de 2002, Doc. ONU A/RES/54/263, art. 2.a.

510. *Cfr.* UNICEF, Manual sobre el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (*Handbook on the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*), Innocenti Research Centre, 2009, págs. 4, 9 y 10

314. Por otra parte, la adopción ilegal ha sido considerada una forma de explotación, de forma tal que la trata de personas con fines de adopción no requeriría para su configuración una explotación posterior del niño o niña, distinta a la propia adopción⁵¹¹. Al respecto, el perito Nigel Cantwell resaltó que la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la trata de niños “para cualquier fin o en cualquier forma” y que “la noción amplia de ‘explotación’ es un componente integral de la mayoría de los actos ilícitos que dan lugar a la adopción ilegal”⁵¹². La Relatoría Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha indicado que la adopción internacional es una causa de la trata⁵¹³ y se ha referido a las adopciones ilegales como unos de las “otras formas de

511. En los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo, se evidencia que para sus redactores la adopción ilegal podía estar dentro del alcance de aplicación de dicho protocolo y constituir una forma de trata de personas “[c]uando la adopción ilegal equivaliera a una práctica análoga a la esclavitud”, definida como “[t]oda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”. Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Travaux préparatoires* de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, 2008, pág. 366; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, entrada en vigor el 30 de abril de 1957, art. 1.d. La perita Maud de Boer-Buquicchio, Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, explicó que, además, la adopción ilegal cumple el requisito de “fin de explotación” del delito de trata, aun cuando no equivale a una práctica similar a la esclavitud, porque obtener niños ilícitamente con el fin de una adopción constituye una explotación “del carácter, vulnerabilidad y necesidades de desarrollo inherentes de los niños”, en tanto se explota la capacidad y necesidad de amor y vínculo del niño como parte de un proceso ilícito por el cual se obliga al niño a vincularse emocionalmente a personas extrañas en lugar de los padres y familia original del niño. Cfr. Peritaje rendido por Maud de Boer-Buquicchio ante fedatario público el 28 de abril de 2017 (expediente de prueba, folio 6998), y en sentido similar, peritaje rendido por Nigel Cantwell rendido ante fedatario público el 5 de mayo 2017 (expediente de prueba, folio 6954). Por otra parte, en relación con la venta de niñas y niños, instrumentos e informes internacionales se han referido, de manera específica, a su relación con las adopciones ilegales. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, establece la obligación de los Estados de sancionar penalmente el “[i]nducir, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entrada en vigor el 18 de enero de 2002, Doc. ONU A/RES/54/263, art. 3.1a.(iii). Asimismo, la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía ha indicado que “[i]a venta de niños para fines de adopción sigue también siendo un grave problema, ya que, según se informa, los padres adoptivos extranjeros están dispuestos a pagar de 20.000 a 40.000 dólares de los EE.UU. en derechos y gastos de adopción para adoptar a un recién nacido”. Informe sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con la Resolución 51/77 de la Asamblea General, Sra. Ofelia Calcetas-Santos, 16 de octubre de 1997, Doc. ONU A/52/482, párr. 30.

512. Peritaje rendido por Nigel Cantwell rendido ante fedatario público el 5 de mayo 2017 (expediente de prueba, folio 6953).

513. Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Sra. Ofelia Calcetas Santos, 29 de enero de 1999, Doc. ONU E/CN.4/1999/71, párr. 54. Asimismo, se ha indicado que el “[i]nternet ha provocado la expansión de la venta y la trata de niños con fines de adopción ilegal, en parte porque permite la creación de sitios web que ofrecen a niños como si fueran productos destinados a la exportación”. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Maud de Boer-Buquicchio, 22 de diciembre de 2014, Doc. ONU A/HRC/28/56, párr. 35.

explotación” a los que se destina la venta y trata de niños⁵¹⁴. Además, la Relatora especial sobre la trata de personas ha resaltado que “son [...] muy numerosas las víctimas de la trata que se destinan [...], en el caso de los niños, a la adopción internacional”⁵¹⁵. Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha destacado que las adopciones fraudulentas son una modalidad de trata de personas⁵¹⁶. Asimismo, la Organización Internacional para las Migraciones ha señalado que un indicador de la trata de personas es que las víctimas “son adoptados(as) con el uso de trámites fraudulentos (adopción irregular)”⁵¹⁷. La Corte también observa que varios países de la región han incluido el delito de trata de personas con fines de adopción en su legislación nacional⁵¹⁸.

315. Como se mencionó previamente, la finalidad de explotación no ha sido definida en el derecho internacional (*supra* párr. 312). Sin embargo, las formas de explotación que generalmente se incluyen de manera expresa, evidencian que la finalidad de explotación implica que el traficante realice el acto con el objetivo de utilizar una persona de manera abusiva para su propio beneficio. De esta manera, se atribuye un valor al individuo, por ejemplo por medio de su mano de obra, para después convertirlo en un beneficio propio, bajo condiciones abusivas e injustas o fraudulentas, beneficio que es el resultado de la cosificación o comercialización del mismo individuo. Tomando en cuenta todas las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que la adopción ilegal puede constituir una de las finalidades de explotación de la trata de personas. Una adopción ilegal por sí misma no constituye el delito de trata de personas, pero cuando los actos de captación, transporte,

514. *Cfr.* Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, Najat Maalla M’jid, 2 de agosto de 2011, Doc. ONU A/66/228, párr. 24.b (expediente de prueba, folio 5395). De manera parecida, en el Manual para Parlamentarios No. 9, publicado por UNICEF y la Unión Inter-Parlamentaria, se destacó que “[...]os niños, niñas y adolescentes son víctimas de trata para ser sometidos a diversas situaciones que constituyen explotación, las cuales incluyen [la] [a]dopción irregular”. UNICEF y Unión Inter-Parlamentaria, *Contra la trata de niños, niñas y adolescentes*, Manual para Parlamentarios No. 9, 2005, págs. 13 y 14.

515. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, 22 de diciembre de 2004, Doc. ONU E/CN.4/2005/71, pág. 1 (expediente de prueba, folio 2709).

516. *Cfr.* Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas – Guía de Autoaprendizaje*, 2009, pág. 36 (expediente de prueba, folio 2431).

517. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*, 2011, págs. 72, 73, 87 y 88 (expediente de prueba, folios 5491, 5492, 5506 y 5507).

518. Véase, *inter alia*: (1) Bolivia: Ley integral contra la trata y tráfico de personas, Ley No. 263, 31 de julio de 2012, art. 34; (2) Costa Rica: Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), Ley No. 9095, 8 de febrero de 2013, art. 5; (3) El Salvador: Ley Especial contra la trata de personas, Decreto No. 824, 14 de noviembre de 2014, art. 5; (4) Guatemala: Código Penal, Decreto 17-73, enmendado por artículo 47 de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, Decreto Número 9-2009, 20 de marzo de 2009, art. 202 Ter. (expediente de prueba, folio 3881); (5) Honduras: Ley contra la Trata de Personas, Decreto No. 59-2012, 6 de julio del 2012, art. 6; (6) México: Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, 14 de junio de 2012, art. 10, numeral VIII y 27; (7) Nicaragua: Código Penal, Ley No. 641, 13 noviembre de 2007, art. 182; (8) Panamá: Ley sobre trata de personas y actividades conexas, Ley No. 79, 9 de noviembre de 2011, art. 4; (9) República Dominicana: Ley sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, Ley No. 137-03, 8 de octubre de 2003, art. 1 y (10) Venezuela: Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, 30 de enero de 2012, art. 41.

traslado, acogida o recepción de personas (*supra* párr. 310) se cometen con el fin de facilitar o llevar a cabo una adopción ilegal se está ante un supuesto de trata de personas con fines de adopción. En este supuesto el traficante desarrolla estas conductas con el propósito de explotar a la propia niña o niño por medio de su cosificación para una adopción ilegal. La Corte estima que, para que se configure el delito de trata de personas en este contexto, no es necesario que la adopción ilegal sirva como medio para una explotación posterior del niño o niña adoptado, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, pues la explotación viene dada por la propia comercialización del niño o niña bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción.

316. Este Tribunal ha destacado que la venta de una niña o un niño 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 una niña o niño, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad⁵¹⁹. Asimismo, respecto de la trata de personas, ha afirmado que los Estados deben adoptar medidas integrales, así como contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias⁵²⁰. Dicha obligación se ve reforzada por la obligación específica, contemplada en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño leído conjuntamente con el artículo 19 de la Convención Americana, por el cual los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas idóneas para impedir toda venta y trata de niñas y niños, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la venta y trata de niñas y niños, cualquiera sea su forma o fin, así como la obligación de investigar su posible infracción⁵²¹.

317. Una vez establecido que la trata de personas incluye la trata de niñas y niños con fines de adopción, esta Corte pasa a determinar si, como alegan los representantes, se puede concluir que:

(i) dicha violación se configuró en el caso de los hermanos Ramírez, en contravención del artículo 6.I de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.I y 2 del mismo instrumento, y (ii) si el Estado ha incumplido las demás obligaciones que se derivan de dicha determinación, tal como la obligación de investigar estos hechos.

519. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 140.

520. Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, párr. 320.

521. Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párrs. 139 y 144.

VIII-3. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

(...)

329. Esta Corte ha señalado que, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos⁵³⁷, que una privación de libertad se configura cuando una persona, en este caso una niña o niño, no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado⁵³⁸. De conformidad con dicha definición, el acogimiento residencial de niñas y niños puede constituir una forma de privación de libertad, si las niñas y niños están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria que van más allá de las reglas que impondría una familia para salvaguardar el bienestar de la niña o el niño, como por ejemplo, prohibirles salir de noche⁵³⁹.

537 El artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que, a los efectos de dicho Protocolo, privación de libertad se entiende como "cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública". Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Doc. ONU A/RES/57/199, adoptado el 18 de diciembre de 2002, entrada en vigor el 22 junio de 2006. De conformidad con la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, por privación de libertad dichas reglas entienden "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública". Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, anexadas a la Resolución 45/113 de la Asamblea General de la ONU, adoptada el

14 de diciembre de 1990, Doc. ONU A/RES/45/113. A los efectos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se entiende por privación de libertad: "[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas". CIDH, Resolución 1/08: *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, adoptados durante el 131º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/III.131 doc. 26, disposición general.

538. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 145.

539. En este sentido, véase, por ejemplo: UNICEF, Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Tercera edición completamente revisada, 2007, pág. 285. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos también considera que "[e]l ingreso de un niño en una institución constituye una privación de libertad". Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General No. 35: Artículo 9: Libertad y seguridad personales, 16 de diciembre de 2014, Doc. ONU CCPT/C/GC/35, párr. 62. De manera similar, la Asamblea General de la ONU ha señalado que "[l]as medidas encaminadas a proteger a los niños en acogimiento

(...)

331. No obstante, la Corte advierte que todo internamiento de una niña o un niño en un centro de acogimiento residencial supone una injerencia del Estado sobre su vida al determinarle un lugar de residencia distinto al habitual. Esto implica un cambio en su vida cotidiana, las personas con las que se relaciona, sus pertenencias, sus hábitos alimenticios, entre otros. Por tanto, este Tribunal considera que este tipo de medidas constituyen, como mínimo, una injerencia en la libertad general protegida en el artículo 7.1, al afectarse radicalmente la forma en que las respectivas niñas o niños conducían su vida.

(...)

B.1 Legalidad del acogimiento residencial

333. Al momento de los hechos, la legislación no establecía qué medidas de protección podía tomar un juez en casos donde había un alegado abandono de niñas o niños. El Código de Menores disponía que el Juez de Menores debía dictar medidas de protección de las niñas y niños en situación irregular, así como “[r]esolver en definitiva los procesos de menores acordando las medidas que este código establece”⁵⁴². Sin embargo, no

deberían ser conformes a la ley y no deberían implicar limitaciones poco razonables de su libertad y comportamiento en comparación con los niños de edad similar en su comunidad”. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 91.

542. Código de Menores. Decreto No. 78-79 de 28 de noviembre de 1979, arts. 19 y 49 (expediente de prueba, folios 3444 y 3447). En respuesta a una solicitud de información para mejor resolver, los representantes indicaron que dicha norma remitía al mismo Código, pero que éste “no establecía medidas específicas para la protección de niños y niñas en situación de riesgo, sino únicamente medidas para la atención de niños y niñas en conflicto con la Ley”, las cuales se encontraban señaladas en el artículo 42 del mismo código y son las siguientes: “1. Amonestación al menor. 2. Colocación del menor en una institución o establecimiento adecuado para su tratamiento y educación. 3. Libertad vigilada. 4. Multa o amonestación a los padres, tutores o encargados del menor, si es que fueron citados y oídos en el proceso. 5. Certificación de lo conducente a un Juzgado del orden común, si de lo actuado apareciera la comisión de un hecho constitutivo de delito o falta cuyo autor sea mayor de edad”. (*Subrayado fuera del original*) Código de Menores. Decreto No. 78-79 de 28 de noviembre de 1979, arts. 42 y 43 (expediente de prueba, folios 3446 y 3447). Por su parte, el Estado indicó que las medidas de protección que podía dictar el Juez de Menores estaban reguladas por la Ley de Tribunales de Familia, “normativa aplicada en el momento de ocurridos los hechos del caso”, que establecía en su artículo 12: “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el Juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía”. Ley de Tribunales de Familia. Decreto-Ley No. 206, 7 de mayo de 1964 (expediente de prueba, folio 7955). De acuerdo al Estado, esta norma “facultaba al juez para que dictara toda clase de medidas que considerara pertinentes, a fin de resguardar, proteger y garantizar el bien superior del niño”, y no resultaba correcto limitar las medidas de protección

establecía cuáles eran dichas medidas. La colocación de niñas y niños en “una institución o establecimiento destinado a menores” solo estaba expresamente prevista en el Código de Menores como una de las medidas que se podían acordar para resolver la situación de niñas y niños en conflicto con la ley⁵⁴³. La legislación tampoco señalaba expresamente la necesidad de considerar el interés superior del niño al disponer este tipo de medidas ni que el internamiento en instituciones residenciales debía ser la última opción.

334. Al respecto, en primer lugar, la Corte advierte que los Estados deben distinguir entre el procedimiento y trato que se va a dar a las niñas y niños que necesitan atención y protección de aquel dispuesto para las niñas y niños en conflicto con la ley⁵⁴⁴. En segundo lugar, la legislación de los Estados debe dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴⁵, así como en la propia Convención Americana. En este sentido, el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte debería incluir la necesidad de considerar el interés superior del niño⁵⁴⁶, en toda decisión de institucionalización, así como que esta solo debe ordenarse cuando sea necesaria⁵⁴⁷. No obstante lo anterior, la Corte considera que no tiene elementos suficientes para pronunciarse sobre la estricta legalidad o no de la medida de internamiento en un centro de acogimiento residencial

aplicables a una sola norma de todo el andamiaje del ordenamiento jurídico interno. Al respecto, los representantes destacaron que la norma citada por el Estado se refiere a “las medidas que podían dictar los Tribunales de Familia que tenía competencia para conocer ‘todos los asuntos relativos a la Familia’” y no a “las medidas que podía dictar el Juez de Menores, que era el competente para conocer ‘los casos de menores en situación irregular’”. La Corte constata que las decisiones, mediante las cuales se internó a Osmín Tobar Ramírez en una institución residencial, fueron emitidas por un Juzgado de Menores no un Tribunal de Familia (*supra* párrs. 90 y 101), y no consta en las resoluciones de internamiento ni en la decisión sobre el abandono que dispuso la institucionalización, que se hubiera dictado dicha medida con base en dicha ley, sino con base en las normas del Código de Menores. *Cfr.* Oficio del Juzgado Primero de Primera Instancia de Menores de 27 de enero de 1997 (expediente de prueba, folio 4384), y Resolución del Juzgado Primero de Primera Instancia de Menores de 6 de agosto de 1997 (expediente de prueba, folios 4303 y 4304).

543. *Cfr.* Código de Menores. Decreto No. 78-79 de 28 de noviembre de 1979, art. 42 (expediente de prueba, folio 3447).

544. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Argentina*, 9 de octubre de 2002, Doc. ONU CRC/C/15/Add.187, párr. 40. La Corte advierte, además, que los lugares de institucionalización para niñas y niños con necesidades de protección no pueden ser los mismos que para las niñas y niños en conflicto con la ley. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Antigua y Barbuda*, 3 de noviembre de 2004, Doc. ONU CRC/C/15/Add.247, párr. 41.

545. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 4 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

546. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrs. 25 y 31. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Guatemala, 9 de julio de 2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 24 y 25.

547. *Cfr.* Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20. Véase también, UNICEF, Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Tercera edición completamente revisada, 2007, pág. 282.

aplicada a Osmín Tobar Ramírez. Lo anterior es sin perjuicio de su pronunciamiento sobre la necesidad de esta medida en el caso concreto que se examina *infra*.

B.2 Finalidad e idoneidad del acogimiento residencial

335. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, tienen derecho a la protección y asistencia especial del Estado. La colocación en instituciones adecuadas de protección de menores de edad puede ser una de las opciones de cuidado⁵⁴⁸. Por tanto, la internación en centros residenciales es una medida con un fin legítimo, acorde a la Convención, que podría ser idónea para lograr este fin.

336. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte advierte, que existe una tendencia hacia la eliminación de las grandes instituciones residenciales⁵⁴⁹. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los centros de acogimiento residencial pequeños tienden a ofrecer un mejor cuidado a las niñas y niños⁵⁵⁰. Mientras más grande sea la institución se reduce la posibilidad de que las necesidades individuales de las niñas y los niños sean atendidas⁵⁵¹. Al respecto, la perita Magdalena Palau, señaló que “está probado que las grandes instituciones de cuidado no han logrado dar respuesta efectiva a niños desde una mirada integral, es decir, contemplando la complejidad de aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la protección de niñas y niños”⁵⁵². Como se mencionó previamente, no consta en el expediente información sobre las características o condiciones del centro de acogimiento donde estuvo internado Osmín Tobar Ramírez (*supra* párr. 330), por lo que en el siguiente acápite se analizará su institucionalización como una forma de acogimiento residencial, sin que ello implique una determinación u opinión favorable sobre la forma de acogimiento residencial que constituía⁵⁵³.

548. *Cfr.* Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20.

549. *Cfr.* Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 23.

550. Ver, *inter alia*, Comité de los derechos del Niño, Informe sobre el 25° período de sesiones, Ginebra, 14 de noviembre de 2000, Doc. ONU CRC/C/100, párrs. 688.22 y 688.24, y Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: Costa Rica*, 3 de agosto del 2011, Doc. ONU CRC/C/CRI/CO/4, párr. 49c). En el mismo sentido, véase también, Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Najat Maalla M’jid, Misión a Guatemala, 21 de enero de 2013, Doc. ONU A/HRC/22/54/Add.1, párr. 117.d), y Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 122.

551. Ver, *inter alia*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, *Report of the Ad Hoc Expert Group on the Transition from Institutional to Community-based Care*, septiembre de 2009, pág. 9.

552. Peritaje rendido por Magdalena Palau Fernández ante fedatario público el 9 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7022).

553. La Corte entiende el acogimiento residencial como un acogimiento de carácter no familiar, independientemente

B.3 Necesidad del acogimiento residencial

337. A efectos de determinar la necesidad del acogimiento residencial de Osmín Tobar Ramírez, se debe examinar si esta era la medida menos lesiva para sus derechos y la más acorde a su interés superior. Este Tribunal ya determinó que la separación de los hermanos Ramírez de su familia, mediante la declaración de abandono, no se realizó acorde a la legislación interna, ni demostró ser una medida necesaria para su interés superior (*supra* párr. 193). Por tanto, no encuentra necesario reiterar sus consideraciones sobre las distintas opciones de cuidado que pudieran haber brindado la familia extendida de los hermanos Ramírez (*supra* párrs. 189 y 190). Asimismo, tomando en cuenta los hechos de este caso, en este acápite se analizará el acogimiento residencial como una medida temporal, sin analizar, como parte de la necesidad de la medida, otras opciones de cuidado de carácter permanente como la adopción.

338. Sin perjuicio de ello, la Corte advierte que, cuando las niñas o niños son separados de sus familias, el Estado es responsable de proteger sus derechos y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, por medio de las entidades públicas competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil⁵⁵⁴. El interés superior del niño debe ser la consideración principal al determinar la modalidad del acogimiento que otorgará el Estado⁵⁵⁵. En este sentido, los Estados deben velar para que estén disponibles una serie de opciones de acogimiento alternativo y así poder decidir cuál es la más apropiada en cada caso concreto⁵⁵⁶.

339. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben garantizar otros tipos de cuidado para los niños separados de su familia⁵⁵⁷, entre ellos “la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”, siempre prestando particular atención a la posibilidad de continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (*supra* párr. 232). Al interpretar este derecho, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “toda atención en instituciones sólo debe ser un último recurso”, con la finalidad exclusiva de proteger el interés superior del

del tamaño del centro y el número de niños que albergue. En este sentido, se utilizará el término institucionalización o acogimiento residencial sin que esto constituya una calificación sobre la forma cómo era llevado a cabo dicho acogimiento residencial.

554. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 5.

555. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párrs. 6 y 7.

556. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 54.

557. Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20.2.

niño⁵⁵⁸. En este sentido, ha indicado que:

El Comité observa con preocupación que se recurre sistemáticamente a colocar a los niños en instituciones. El Comité reconoce que existe acuerdo general en que el entorno familiar ofrece posibilidades óptimas para el desarrollo armonioso del niño, pero entre la familia de origen y la colocación en instituciones hay que hallar soluciones intermedias. Estas soluciones podrían comprender la colocación tradicional en la familia o en la familia ampliada, los centros abiertos, la permanencia durante el día o la noche, el internamiento de urgencia, sistemas de estancia temporal, etc. Muchas de estas soluciones existen ya⁵⁵⁹.

340. Esta Corte considera que solo se debe recurrir a los centros de acogimiento residencial cuando medidas de cuidado en ámbitos familiares sean consideradas inadecuadas para la niña o el niño, y el acogimiento residencial sea un entorno “específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior”⁵⁶⁰. Por tanto, la decisión debe basarse en un análisis individualizado de cada niño.

341. De acuerdo a las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, acogidas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, la determinación de la modalidad del acogimiento alternativo debe realizarse en “un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial”⁵⁶¹. Asimismo, la decisión debería basarse en una evaluación rigurosa de la situación de cada caso, realizada por profesionales calificados, habiendo escuchado la opinión de la niña o el niño y de sus padres o tutores legales⁵⁶². Además, la niña o el niño y sus padres deben ser informados de las diferentes opciones de acogimiento alternativo disponible, de las consecuencias de cada opción y de sus derechos y obligaciones correspondientes⁵⁶³.

558. Cfr. Comité de los derechos del niño, Observación General No. 21 sobre los niños de la calle, 21 de junio de 2017, Doc. ONU CRC/C/GC/21, párr. 45, y Comité de los derechos del niño, Observación General No. 3: El VIH y los derechos del niño, 17 de marzo de 2003, Doc. ONU CRC/C/GC/2003/3, párr. 35.

559. Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 40° período de sesiones, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/153, párr. 665. En el mismo sentido, véase también, Comité de los derechos del Niño, Informe sobre el 25° período de sesiones, Ginebra, 14 de noviembre de 2000, Doc. ONU CRC/C/100, párrs. 688.17 y 688.26.

560. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 21. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Latvia*, 28 de junio de 2006, CRC/C/15/Add.58, párr. 33, y Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 40° período de sesiones, 17 de marzo de 2006, Doc. ONU CRC/C/153, párrs. 660 y 667.

561. 561 Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 57.

562. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 57.

563. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la

(...)

347. Por último, este Tribunal advierte que la idoneidad de la institucionalización debe ser examinada regularmente. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación⁵⁷².

348. En estos análisis periódicos se debe tener en cuenta el desarrollo personal y variación de las necesidades de la niña o niño para determinar si esta modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada⁵⁷³. En el presente caso, en ningún momento del período de diecisiete meses que Osmín Tobar Ramírez permaneció institucionalizado, parece haberse examinado o cuestionado si dicho acogimiento residencial seguía siendo la medida idónea de cuidado alternativo.

349. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte advierte que el Estado no demostró que el internamiento de Osmín Tobar Ramírez en un centro de acogimiento residencial fuera decidida tras descartar otras modalidades de cuidado alternativo que pudieran haber sido idóneas para el caso concreto o necesario para garantizar su interés superior. Asimismo, tampoco demostró que era acorde al interés superior de Osmín Tobar Ramírez la separación de su hermano menor o la imposibilidad de recibir visitas de la señora Ramírez Escobar. Por tanto, el internamiento en la casa hogar de la Asociación Los Niños de Guatemala constituyó una restricción arbitraria del derecho a la libertad de Osmín Tobar Ramírez, en su sentido general, protegido por el artículo 7.1 de la Convención (*supra* párr. 331).

350. Por otra parte, la Corte advierte que, para asegurar que el internamiento en estos centros residenciales no se convierta en privaciones de la libertad personal, en los términos de los artículos 7.2 y 7.3 descritos *supra* (párrs. 329 y 330), o que las condiciones de las mismas sean acordes al bienestar general de las niñas y niños, el Estado debe regular, fiscalizar y supervisar las instituciones y centros de acogimiento residencial de niñas y niños.

Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 64.

572. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 25. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Latvia*, 28 de junio de 2006, CRC/C/15/Add.58, párr. 33.

573. Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 67.

B.4 Deber de regular, fiscalizar y supervisar

351. Los niños que son separados de sus familias quedan bajo la protección del Estado (*supra* párr. 339). El Estado debe asegurarse que las instituciones que tengan a cargo el cuidado de niñas y niños actúen acorde a sus derechos (*supra* párrs. 223 y 345). Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada⁵⁷⁴.

352. En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados deben garantizar que los albergues e instalaciones gestionados por el Estado y la sociedad civil sean seguros y de buena calidad⁵⁷⁵. Además los Estados deben asegurarse que estas instituciones no aislen a las niñas y niños, por ejemplo, asegurando que la educación, recreación y servicios de salud sean provistos fuera de la institución⁵⁷⁶.

353. Adicionalmente, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, establecen que los centros de acogida en general, incluyendo las instituciones residenciales, “deben ser inscritos en el registro y habilitados para desempeñar sus actividades por los servicios de asistencia social u otra autoridad competente”⁵⁷⁷. Esta habilitación debería ser revisada periódicamente⁵⁷⁸.

574. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.3. Asimismo, el artículo 19.1 de dicha Convención establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

575. *Cfr.* Comité de los derechos del niño, Observación General No. 21 sobre los niños de la calle, 21 de junio de 2017, Doc. ONU CRC/C/GC/21, párr. 45.

576. *Cfr.* Comité de los derechos del Niño, Informe sobre el 25º período de sesiones, Ginebra, 14 de noviembre de 2000, Doc. ONU CRC/C/100, párr. 688.22. Véase también, Comité de los derechos del niño, Observación General No. 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), 17 de abril de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/17, párr. 51.

577. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 105.

578. *Cfr.* Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, anexadas a la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la ONU, 24 de febrero de 2010, Doc. ONU A/RES/64/142, párr. 105.

354. La Corte considera que, al estar los niños separados de sus familias bajo la protección del Estado, este tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de sus derechos. Por tanto, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar todas las instituciones y centros de acogimiento residencial bajo su jurisdicción, como deber especial de protección de los derechos de los niños, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

355. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que tengan a cargo el cuidado de niños separados de sus familias, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos⁵⁷⁹.

(...)

357. La Corte concluye que el internamiento de Osmín Tobar Ramírez en un centro de acogimiento residencial constituyó una restricción a su libertad contraria a la Convención Americana, al no haberse demostrado que dicha medida era necesaria. Además, la separación de los hermanos Ramírez, la imposibilidad de visitas por parte de la señora Ramírez Escobar y la falta de revisión periódica de la idoneidad de dicha medida para el cuidado de Osmín Tobar Ramírez contribuyeron a la arbitrariedad de esta medida. Por último, la falta de regulación, supervisión y fiscalización de la Asociación Los Niños demuestra que el Estado tampoco tomó medidas para asegurarse que el acogimiento residencial era llevado a cabo conforme a sus derechos como niño. Por tanto, el Estado violó el derecho a la libertad personal de Osmín Tobar Ramírez, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con los artículos 11.2, 17.1, 19, 1.1 y 2 de la Convención.

VIII-4. DERECHO AL NOMBRE DE OSMÍN TOBAR RAMÍREZ, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

(...)

359. La Corte ha establecido que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso⁵⁸³. La identidad es un

579. Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 86, y Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador; *supra*, párr. 175.

583. Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay, *supra*, párr. 122, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 90.

derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares⁵⁸⁴. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen⁵⁸⁵. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad⁵⁸⁶. El derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos⁵⁸⁷. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente⁵⁸⁸. Este derecho está íntimamente ligado 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 con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social⁵⁸⁹.

360. El derecho al nombre, consagrado de forma autónoma en el artículo 18 de la Convención, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona⁵⁹⁰. El nombre como atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado⁵⁹¹. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia⁵⁹². Además, el nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de una familia⁵⁹³.

584. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, 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. 112. De manera similar, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye "la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" dentro del derecho del niño a preservar su identidad.

585. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 122, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 90

586. Cfr. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 116, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 91.

587. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 90.

588. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 90, citando OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 11.

589. Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 113, Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 91.

590. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 182, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 106.

591. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 106.

592. Cfr. . Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 106.

593. Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 184, y *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 192.

361. En virtud del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, esta Corte no estima necesario examinar a profundidad esta violación (*supra* párr. 248). No obstante, resalta que a Osmín Tobar Ramírez se le cambió el nombre, la identidad y se le separó de su cultura⁵⁹⁴, como consecuencia de un proceso arbitrario en que se le separó de su familia y un procedimiento de adopción que se llevó a cabo en incumplimiento de las más mínimas garantías materiales y procesales exigibles en esta materia, así como sin que se le garantizara un recurso efectivo que lo amparara ante dichas violaciones (*supra* párrs. 193, 238, 239, 256 y 263), todo lo cual la Corte consideró una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, su derecho a la protección de la familia, sus derechos del niño y las garantías y la protección judiciales. Además, la Corte constata que actualmente Osmín Tobar Ramírez tiene legalmente el nombre de Ricardo William Borz, respecto del cual el Estado ha indicado que puede solicitar un cambio ante una notaría. Sin embargo, Guatemala no ha adoptado medida alguna para realizar las modificaciones pertinentes en su registro y documento de identificación, a pesar de su responsabilidad en los eventos que generaron dicho cambio de nombre e identidad y de haberse reconocido a nivel interno las irregularidades cometidas en el proceso de declaratoria de abandono, así como a nivel internacional esta violación específica.

362. Por tanto, este Tribunal concluye que Guatemala violó el derecho a la identidad y el derecho al nombre de Osmín Tobar Ramírez, consagrado en el artículo 18 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 19 del mismo tratado.

VIII-5. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

(...)

365. Este Tribunal concluyó que la declaración de abandono, internamiento en un centro de acogimiento residencial y adopción de los hermanos Ramírez constituyeron violaciones a la vida familiar, protección de la familia, libertad personal y derechos del niño (*supra* párrs. 193 a 196, 238 a 243 y 357). La Corte considera que el sufrimiento que genera la separación injustificada y permanente de una familia es tal que debe ser analizado dentro de una posible violación del derecho a la integridad personal de cada uno de los miembros de dicha familia. Este Tribunal ha señalado que la separación de niñas y niños de sus familias

594. Osmín Tobar Ramírez declaró en la audiencia pública, que cuando se mudó a Estados Unidos con su familia adoptiva sufrió "un shock cultural, me sacaron de mi cultura, independientemente de que se fuera rico o pobre, yo no sentí nunca que encajaba en esa sociedad, [...] por el color de mi piel. En Estados Unidos los niños, [...] si uno no tiene el aspecto de ellos entonces no son aceptados, hay mucho *bullying* por la forma por lo que yo era y como había nacido". Declaración rendida por Osmín Tobar Ramírez en la audiencia pública celebrada ante esta Corte.

puede generar afectaciones específicas en su integridad personal de especial gravedad, las cuales pueden tener un impacto duradero⁵⁹⁶.

(...)

369. En virtud de lo anterior, la Corte considera demostrado que los hechos de este caso también implicaron una violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo I.1 de la misma, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de este último.

596. *Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, supra*, párr. 100.

