Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general
7 de junio de 2019
Español
Original: inglés

Comité de Derechos Humanos

Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2489/2014* ** ***

Comunicación presentada por:	Jamshed Hashemi y Maryam Hashemi (representados por el abogado W. G. Fisher)
Presuntas víctimas:	Los autores
Estado parte:	Países Bajos
Fecha de la comunicación:	19 de julio de 2013 (presentación inicial)
Referencias:	Decisión adoptada con arreglo al artículo 97 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 4 de diciembre de 2014 (no se publicó como documento)
Fecha de aprobación del dictamen:	26 de marzo de 2019
Asunto:	Denegación de la prestación por hijos a cargo por carecer de permiso de residencia; derechos del niño; derechos de la familia
Cuestión de procedimiento:	Ninguna
Cuestiones de fondo:	Discriminación basada en "cualquier otra condición social" (prestaciones de seguridad social); derechos de la familia y los niños a la seguridad social
Artículos del Pacto:	23; 24, párr. 1; 26
Artículo del Protocolo Facultativo:	2

1.1 Los autores de la comunicación son Jamshed Hashemi, nacido el 13 de mayo de 1977, y Maryam Hashemi, nacida el 25 de octubre de 1980, ambos nacionales del

* Aprobado por el Comité en su 125º período de sesiones (4 a 29 de marzo de 2019).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Tania María Abdo Rocholl, Yadh Ben Achour, Ilze Brands Kehris, Christopher Arif Bulkan, Ahmed Amin Fathalla, Shuichi Furuya, Christof Heyns, Marcia V. J. Kran, Duncan Laki Muhumuza, Photini Pazartzis, Hernán Quezada Cabrera, José Manuel Santos Pais, Yuval Shany, Hélène Tigroudja, Andreas Zimmermann y Gentian Zyberi.

*** Se adjunta en el anexo del presente dictamen el texto de un voto particular (disidente) firmado por José Manuel Santos Pais, miembro del Comité.

Afganistán. Presentan la comunicación en nombre propio y en el de sus dos hijos nacidos en los Países Bajos: R., nacida el 23 de mayo de 2002, y Q., nacido el 19 de diciembre de 2008. Sostienen que la denegación por el Banco de la Seguridad Social de la prestación general por hijos a cargo solicitada por los autores constituye una violación por los Países Bajos de los artículos 23; 24, párrafo 1, y 26 del Pacto. El Protocolo Facultativo del Pacto entró en vigor para los Países Bajos el 11 de marzo de 1979. Los autores están representados por un abogado.

Antecedentes de hecho

2.1 Los autores afirman que huyeron del Afganistán a causa de los talibanes y llegaron a los Países Bajos el 14 de agosto de 2001. Presentaron una primera solicitud de asilo el 15 de agosto de 2001, que fue rechazada el 24 de febrero de 2003. El 21 de marzo de 2003, los autores recurrieron esa decisión ante el Tribunal Regional de La Haya, que desestimó la apelación. El 8 de febrero de 2005, la División de Jurisdicción Administrativa del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Regional.

2.2 Los autores indican que el 21 de diciembre de 2005 solicitaron un permiso de residencia en nombre de R. por razones médicas (véase el párrafo 2.7). Al no recibir respuesta, presentaron una objeción el 17 de agosto de 2006. El 7 de septiembre de 2007, la objeción se declaró bien fundada, pero carente de consecuencia jurídica, dado que los autores habían solicitado por segunda vez, el 19 de septiembre de 2006, un permiso de residencia en nombre de R. La segunda solicitud fue rechazada el 23 de noviembre de 2006, decisión que fue confirmada por la División de Jurisdicción Administrativa del Consejo de Estado el 9 de octubre de 2008.

2.3 El 13 de octubre de 2008, los autores solicitaron que se aplazara la orden que los conminaba a salir de los Países Bajos, debido a que la Sra. Hashemi estaba embarazada del segundo hijo de los autores, Q., que nació el 19 de diciembre de 2008. El 3 de noviembre de 2008, el Secretario de Justicia del Servicio de Inmigración y Naturalización accedió al aplazamiento, autorizando a los autores a permanecer en los Países Bajos desde el 11 de noviembre de 2008 hasta seis semanas después del nacimiento del niño.

2.4 Los autores indican que presentaron una segunda solicitud de asilo el 22 de enero de 2009. El Secretario de Justicia denegó la solicitud el 29 de mayo de 2009, y los autores apelaron esa decisión el 17 de julio de 2009. El 17 de diciembre de 2009, el Tribunal de Distrito de La Haya revocó la decisión del Secretario de Justicia, exigiéndole que adoptara una nueva decisión. El 7 de enero de 2010, el Secretario de Justicia concedió a los autores un permiso de residencia temporal a efectos de asilo y con efecto retroactivo desde el 22 de enero de 2009 hasta el 22 de enero de 2014, teniendo en cuenta que no podían regresar al Afganistán. El 5 de junio de 2014, los autores solicitaron la ciudadanía neerlandesa por naturalización, que les fue concedida el 26 de noviembre de 2014.

2.5 Desde su llegada a los Países Bajos el 14 de agosto de 2001, los autores vivieron en un centro de solicitantes de asilo administrado por el Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo, pero el 17 de marzo de 2005 se les pidió que abandonaran el centro tras la decisión del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2005 por la que se rechazaba su solicitud de asilo. El 4 de noviembre de 2005[1] se trasladaron a un albergue de emergencia facilitado por una organización de beneficencia, Voice in the City, en Haarlem[2], y recibieron de esa organización una ayuda semanal de 62 euros. A partir de diciembre de 2007, vivieron en un alojamiento facilitado por Voice in the City, que pagaba las facturas de electricidad y agua[3] y les abonaba una ayuda semanal de 80 euros.

[1] Los autores no indican dónde vivieron entre el 17 de marzo y el 4 de noviembre de 2005.

[2] Los autores adjuntan la copia de una carta de 7 de diciembre de 2007 del Coordinador de Voice in the City en que se confirma este hecho y también se indica que los autores carecían de ingresos.

[3] Los autores adjuntan la copia de un contrato de alquiler de fecha 14 de diciembre de 2007 entre Living Cooperation (no queda claro si se trata de una entidad pública o privada) y Voice in the City. También presentan las facturas de agua y electricidad de marzo de 2006 y de junio y diciembre de 2007, remitidas a Voice in the City.

2.6 En distintos momentos, los autores recibieron asistencia financiera de organismos públicos. Entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2007 y a partir del 11 de noviembre de 2008 (véase el párr. 6.2), tuvieron acceso a servicios de acogida y recibieron del Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo una ayuda mensual de unos 213,72 euros, destinada a R., de conformidad con el Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros[4]. Los autores indican que esos subsidios están disponibles para las personas cuyos permisos de residencia están pendientes, y que las solicitudes correspondientes deben presentarse cada mes. Además, indican que les fueron denegadas sus solicitudes de otras formas de ayuda estatal. También señalan que recibieron asistencia de varias organizaciones benéficas[5]. En febrero de 2010, los autores se trasladaron a una "vivienda regular" en el municipio de Haarlem.

2.7 La hija de los autores tiene problemas de salud. Un representante de la guardería a la que acudía escribió una carta sobre su situación, fechada el 1 de febrero de 2008, en que afirmaba que la niña padecía un "trastorno de estrés crónico" a raíz de "vivencias traumáticas" de su pasado, y que la expulsión tendría "consecuencias desastrosas" para su desarrollo. La Oficina de Servicios para la Infancia también preparó un informe sobre la situación de R., fechado el 1 de agosto de 2008, que confirmaba que sufría un "trastorno de estrés crónico". Es más, señalaba que la niña presentaba un cuadro de "estancamiento del desarrollo del habla", "estancamiento del desarrollo socioemocional", desapego con respecto a sus padres y "regresión debida a la situación traumática" de la familia. Los autores indican que al 23 de julio de 2007 había cinco organizaciones de atención sanitaria que ayudaban a R. con sus problemas de salud.

2.8 Los autores indican que han presentado al Banco de la Seguridad Social tres solicitudes para obtener la prestación general por hijos a cargo, que se concede a todos los padres con hijos pequeños para ayudarles a sufragar los gastos de crianza, el 6 de noviembre de 2007, el 27 de febrero de 2009[6] y el 8 de marzo de 2010[7]. La comunicación se refiere únicamente a la denegación por el Estado parte de la primera solicitud de la prestación por hijos a cargo, presentada por los autores en nombre de R. el 6 de noviembre de 2007, que abarcaba el período comprendido entre el cuarto trimestre de 2006 y el primer trimestre de 2008. Uno de los requisitos para recibir esa prestación es que el interesado esté asegurado. El artículo 6, párrafo 1, de la Ley de la Prestación General por Hijos a Cargo define quién puede considerarse persona asegurada, y el artículo 6, párrafo 2, introducido por la Ley de Vinculación[8], dispone que no se puede considerar persona asegurada a un extranjero que no resida legalmente en los Países Bajos, en el sentido del artículo 8, apartados a) a e) y párrafo 1, de la Ley de Extranjería[9].

2.9 El 22 de enero de 2008, el Banco de la Seguridad Social denegó la primera solicitud de los autores porque no tenían un permiso de residencia válido. El 29 de enero de 2008, los autores objetaron esa decisión. El 30 de mayo de 2008, el Banco denegó la objeción de

[4] El Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros es un decreto ministerial basado en la Ley del Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo, que prevé la concesión de una ayuda de subsistencia a ciertas categorías de extranjeros.

[5] Los autores adjuntan una lista de las organizaciones benéficas que ayudaron a la familia. Sin embargo, en ella no se indica qué tipo de asistencia les brindaron esas organizaciones ni por cuánto tiempo.

[6] Referida al período comprendido entre el segundo trimestre de 2008 y el primer trimestre de 2009, en nombre de los dos hijos.

[7] Referida al período comprendido entre el primer trimestre de 2009 y el primer trimestre de 2010, en nombre de los dos hijos. Una vez que se concedió el permiso de residencia a los autores el 7 de enero de 2010, con efecto retroactivo a partir del 22 de enero de 2009, en fecha desconocida el Banco de la Seguridad Social concedió a los autores la prestación general por hijos a cargo con efecto retroactivo desde el segundo trimestre de 2009.

[8] La Ley de Vinculación tiene por objeto impedir que los extranjeros que residen ilegalmente en los Países Bajos accedan a las ayudas del Estado.

[9] El artículo 8, apartados a) a e), de la Ley de Extranjería se refiere a los titulares de un permiso de residencia permanente o temporal y a los que son residentes en virtud de un acuerdo concertado en el marco del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o del Tratado Constitutivo del Espacio Económico Europeo.

los autores, aduciendo que estos no tenían un permiso de residencia válido[10]. El 31 de mayo de 2008, los autores recurrieron la decisión, alegando que su derecho a la prestación general por hijos a cargo estaba garantizado por diversas convenciones internacionales. El 25 de noviembre de 2008, el Tribunal Regional de Ámsterdam desestimó el recurso de los autores, aduciendo que era razonable que el Estado parte, sopesando los objetivos de la Ley de Vinculación y el interés del solicitante al decidir si concedía o no la prestación general por hijos a cargo, circunscribiera dicha prestación a los titulares de un permiso de residencia válido. Los autores recurrieron esa decisión ante el Tribunal Central Administrativo[11].

2.10 El 11 de marzo de 2011, el Tribunal Central Administrativo examinó el recurso de los autores contra la decisión del Tribunal Regional de Ámsterdam de 25 de noviembre de 2008, junto con otros diez recursos similares. El 15 de julio de 2011, el Tribunal dejó sin efecto la decisión del Banco de la Seguridad Social, exigiéndole que adoptase una nueva decisión respecto de la prestación general por hijos a cargo solicitada por los autores. El Tribunal consideró que la distinción entre residentes legales e ilegales a efectos de conceder dicha prestación estaba justificada si perseguía un propósito legítimo y si los medios utilizados para ello eran razonablemente proporcionados (véase el párr. 4.9). Además, remitiéndose al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal argumentó que una distinción basada principalmente en la nacionalidad debía estar justificada por "razones de gran peso". Consideró que el artículo 6, párrafo 2, de la Ley de la Prestación General por Hijos a Cargo era razonable en principio, pero no en el caso de los autores, ya que habían vivido en los Países Bajos durante un largo período, de manera legal durante una parte, y habían establecido un vínculo tal con los Países Bajos que podían considerarse "parte de la comunidad neerlandesa". El Tribunal también tuvo en cuenta que las autoridades sabían que los autores llevaban viviendo en el Estado parte durante tanto tiempo. El Banco de la Seguridad Social recurrió la decisión ante el Tribunal Supremo, y el 16 de mayo de 2012, el Fiscal General instó ante el Tribunal Supremo la admisión a trámite del recurso.

2.11 El 23 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo revocó la decisión del Tribunal Central Administrativo, considerando que la denegación a los autores de la prestación general por hijos a cargo no se basaba principalmente en la nacionalidad, sino tanto en la nacionalidad como en la situación de residencia; por lo tanto, no era de obligada aplicación el criterio de las "razones de gran peso"[12]. Además, remitiéndose al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y al artículo 26 del Pacto, el Tribunal indicó que se producía discriminación cuando la medida cuestionada no perseguía un propósito legítimo o cuando los medios utilizados para alcanzar dicho propósito no eran proporcionados y razonables. El Tribunal consideró que existía una justificación objetiva y razonable para la distinción que se hacía en la Ley de Vinculación respecto de la nacionalidad y la situación de residencia. También estimó que la distinción en casos similares a los de los autores obedecía a un propósito legítimo. El Tribunal consideró además que la denegación a los autores de la prestación general por hijos a cargo era una medida razonable y proporcionada atendiendo al propósito perseguido, pues los Estados tenían derecho a establecer distinciones basadas en la nacionalidad al adoptar medidas relacionadas con la inmigración[13]. Además, consideró que los Estados podían adoptar medidas con el fin de proteger sus intereses económicos[14] y que tenían derecho a un amplio margen de apreciación al regular la seguridad social. El Tribunal indicó que factores como

[10] El Banco de la Seguridad Social indicó que solo quien estuviera asegurado el primer día de un trimestre natural tenía derecho a la prestación general por hijos a cargo en ese trimestre.

[11] En su recurso, los autores se remitieron a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda de *Niedzwiecki c. Alemania* (núm. 58453/00), dictada el 25 de octubre de 2005.

[12] El Tribunal se remitió a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Niedzwiecki c. Alemania*, párr. 33. También se remitió a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Gaygusuz c. Austria* (núm.17371/90), de 16 de septiembre de 1996, y a la sentencia en la demanda *Andrejeva c. Letonia* (núm. 55707/00), de 18 de febrero de 2009.

[13] El Tribunal se remitió a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *A. y otros c. el Reino Unido* (núm. 3455/05), de 19 de febrero de 2009.

[14] El Tribunal se remitió a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Nacic y otros c. Suecia* (núm. 16567/10), de 15 de mayo de 2012.

la prolongada residencia de los autores en los Países Bajos y sus vínculos con el país en nada cambiaban esa conclusión, observando que la prolongada estancia de los autores en los Países Bajos sin un permiso de residencia válido no era "una característica inherente o inmutable de la persona, sino que entrañaba una opción"[15].

2.12 Los autores sostienen que han agotado los recursos internos disponibles y que el asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

La denuncia

3.1 Los autores alegan que la denegación por el Banco de la Seguridad Social de su solicitud de la prestación general por hijos a cargo sobre la base de su situación de residencia es discriminatoria y constituye una violación por el Estado parte de los artículos 23; 24, párrafo 1, y 26 del Pacto.

3.2 Los autores sostienen que, dado que la prestación general por hijos a cargo se paga a los padres en interés del niño, constituye un medio por el que el Estado parte cumple la obligación dimanante de los artículos 23 y 24 del Pacto. A este respecto, indican que, puesto que los Países Bajos han formulado una reserva al artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que excluye la posibilidad de que un niño tenga derecho propio a las prestaciones de la seguridad social, la prestación general por hijos a cargo se paga a los padres en interés del niño. Por consiguiente, sostienen que el pago de esta prestación debe considerarse una medida de protección de la familia destinada a cumplir lo dispuesto en el artículo 23, párrafo 1, del Pacto. Se refieren a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Niedzwiecki c. Alemania*[16], según la cual la concesión de prestaciones por hijos a cargo permite a los Estados demostrar su respeto por la vida familiar, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, los autores indican que la prestación general por hijos a cargo puede considerarse una medida de protección del niño que su condición de menor requiere "tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado", como se dispone en el artículo 24 del Pacto.

3.3 Los autores afirman que, dado que el derecho a la igualdad de protección de la ley consagrado en el artículo 26 del Pacto no se limita a la discriminación en relación con los derechos reconocidos en el Pacto[17], esa disposición debería aplicarse en su caso, en particular por la discriminación que han sufrido en lo que respecta a sus derechos a la seguridad social, a la protección y la asistencia y a un nivel de vida adecuado, consagrados en los artículos 9; 10, párrafo 1; y 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.4 Los autores alegan que el Estado parte debería haber tenido en cuenta sus circunstancias particulares, entre ellas sus razones para solicitar asilo, sus problemas de salud, sus vínculos y arraigo en los Países Bajos y su prolongada residencia en el país, debida a que las autoridades habían tardado años en considerar su solicitud de asilo para decidir si "admitirlos" o no. Sostienen que su reclamación está respaldada por el dictamen aprobado por el Comité en el asunto *Winata y otros c. Australia*, en que determinó que un Estado parte tenía derecho a aplicar una política de inmigración restrictiva, pero no podía aplicarla arbitrariamente y sin tomar en consideración las "circunstancias particulares" del interesado[18]. Los autores sostienen que, por lo tanto, el Estado parte no puede aplicar la Ley

[15] El Tribunal se remitió a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Bah c. el Reino Unido* (núm. 56328/07), de 27 de septiembre de 2011, párr. 47.

[16] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Niedzwiecki c. Alemania*.

[17] Los autores se refieren a los asuntos *S. W. M. Broeks c. los Países Bajos*, comunicación núm. 172/1984, párrs. 12.2 a 12.5, y *F. H. Zwaan-de Vries c. los Países Bajos*, comunicación núm. 182/1984, párrs. 12.2 a 12.5.

[18] *Hendrick Winata y So Lan Li c. Australia* (CCPR/C/72/D/930/2000), párr. 7.3. Los autores informan de que en los siguientes asuntos se siguió un razonamiento similar: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 22689/07, *De Souza Ribeiro c. Francia*, 13 de diciembre de 2012; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 55597/09, *Núñez c. Noruega*, 28 de junio de 2011; y

de Vinculación de manera inflexible para denegar toda prestación a todos los residentes ilegales[19], especialmente a aquellos cuya solicitud del permiso de residencia esté pendiente[20]. Alegan que la inflexibilidad con que se denegó a los autores la prestación general por hijos a cargo por no tener un permiso de residencia válido es contraria al principio establecido en el asunto *Winata y otros c. Australia*. Además, los autores sostienen que no eran "ilegales" en el sentido de la Ley de Vinculación, dado que se personaron ante las autoridades al llegar, presentaron una solicitud de asilo y tuvieron un permiso de residencia durante la mayor parte de su estancia en los Países Bajos. Añaden que, teniendo en cuenta los propósitos de la Ley de Vinculación[21], la denegación de las prestaciones sociales solo sería efectiva si los interesados tuvieran la posibilidad de abandonar el Estado parte, y que, dado que los autores no podían regresar al Afganistán, no debieron ser privados de ellas.

3.5 Los autores también alegan que la denegación de la prestación general por hijos a cargo les obligó a sobrevivir con "medios insuficientes para el sustento", en contravención de los artículos 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Afirman que vivían en condiciones de pobreza absoluta[22] y que, si bien la prestación en cuestión no se considera normalmente una ayuda para la subsistencia, en su caso adquirió ese carácter, ya que la necesitaban para evitar la pobreza. Los autores recuerdan que, luego de que se les pidiera que abandonaran el albergue del Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo en 2005, solo recibieron una ayuda semanal de 62 euros, brindada por Voice in the City, y que a fines 2007 se trasladaron a un apartamento pagado por la misma organización benéfica, que les abonó una ayuda semanal de 80 euros. Afirman que su grado de pobreza puede demostrarse al comparar la asistencia recibida durante esos períodos con la cuantía mensual de las prestaciones de seguridad social establecida para las parejas con hijos por el Instituto Nacional de Asesoramiento Presupuestario: 1.256 euros. Los autores indican que la dolencia de R. fue causada principalmente por la situación de "pobreza aguda" de la familia, que era tremendamente estresante.

3.6 Los autores se remiten a una decisión de 2012 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, según la cual el hecho de que el Estado no tuviera en cuenta de manera realista las necesidades efectivas de los solicitantes de asilo al determinar las prestaciones equivalía a una violación del principio de humanidad consagrado en la Ley Fundamental de Alemania. El Tribunal observó que el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental garantizaba el derecho a un "nivel mínimo de subsistencia" que, según los autores, se deriva de los artículos 23 y 26 del Pacto. Los autores piden al Comité que en su interpretación del Pacto reconozca la existencia de un derecho similar al enunciado en la Ley Fundamental alemana. Afirman que, sobre la base del artículo 26 del Pacto, tal derecho debería imponer al Estado parte la obligación de proveer a un nivel mínimo de subsistencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 31465/96, *Sen c. los Países Bajos*, 21 de diciembre de 2001.

[19] Los autores indican que el Estado parte reconoció dicha "flexibilidad" en sus debates sobre la adopción de la Ley de Vinculación. Se remiten a documentos parlamentarios en que se indica que la Ley de Vinculación debe aplicarse con algunos matices y que desde luego no puede implicar que se prive a rajatabla a los extranjeros "no admitidos" de toda ayuda, servicio, prestación y permiso.

[20] Los autores afirman que el Estado parte ha reconocido la dificultad de aplicar la Ley de Vinculación a los residentes ilegales cuyas solicitudes del permiso de residencia están pendientes. Se remiten a documentos parlamentarios en que se afirma que hay extranjeros que se hallan en los Países Bajos con el conocimiento y la aprobación de las autoridades neerlandesas, aunque todavía no han sido "admitidos" en el país por las autoridades de inmigración; el Estado incluso les proporciona alojamiento, así como servicios y algunas prestaciones; respecto de estas personas está en curso un procedimiento para determinar si son o no "admitidas".

[21] Remitiéndose a documentos parlamentarios, los autores indican que la Ley de Vinculación tiene una finalidad doble: impedir que los "extranjeros ilegales" sigan residiendo ilegalmente en el país al poder obtener ayudas y prestaciones sin tener que presentar un permiso de residencia válido; e impedir que los "ilegales" y los residentes ilegítimos adquieran la apariencia de residentes legítimos.

[22] Los autores se refieren a la definición de "pobreza absoluta" de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, según la cual esta se determina en función de la cantidad de dinero necesaria para satisfacer necesidades básicas como la alimentación, el vestido y el alojamiento.

para las personas que residen legalmente en el país, pero sin un permiso de residencia válido.

3.7 Los autores sostienen que la desatención por el Estado parte de los intereses de sus hijos constituye una violación del artículo 24 del Pacto[23]. Afirman que los intereses de los niños en la prestación general por hijos a cargo deben considerarse por separado de los intereses de sus padres[24]. Por lo tanto, rechazan el razonamiento del Tribunal Supremo de que la situación de residencia de los autores entrañaba una "opción", observando que R. claramente no estaba en condiciones de decidir sobre su situación de residencia. También rechazan las decisiones del Banco de la Seguridad Social y el raciocinio subyacente de los tribunales en el sentido de que los derechos de los niños, incluidos los reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, son irrelevantes para el caso de los autores[25]. También advierten incongruencias en las decisiones del Tribunal Supremo, indicando que en una sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012[26], el Tribunal consideró que el Estado parte estaba obligado por el derecho internacional a proveer al sustento de los niños cuyos padres no pudieran mantenerlos[27].

3.8 Remitiéndose a un informe del Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos sobre su visita a los Países Bajos del 20 al 22 de mayo de 2014[28], los autores sostienen que, al decidir si concede un permiso de residencia a los hijos de inmigrantes ilegales, una consideración primordial del Estado parte debe ser el interés superior del niño. También afirman que el Estado parte debe considerar como factor favorable a la concesión de un permiso de residencia la prolongada residencia de los niños en el país. Si bien el informe mencionado se refiere a la concesión de un permiso de residencia, los autores sostienen que los principios son igualmente aplicables a la concesión de la prestación general por hijos a cargo. Los autores se remiten a una decisión de 2014 del Comité Europeo de Derechos Sociales, que determinó que los Países Bajos estaban incumpliendo sus obligaciones internacionales de ofrecer alimentos, ropa y vivienda a sus residentes, incluidos los que carecían de un permiso de residencia válido[29]. De esa decisión, los autores deducen que tienen derecho a un nivel mínimo de subsistencia de conformidad con el derecho europeo e internacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 10 de julio de 2015, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

[23] Los autores se remiten a los siguientes asuntos en los que el Comité consideró los derechos del niño reconocidos en el artículo 24 del Pacto, en el contexto de las políticas de inmigración: *Winata y otros c. Australia*; *Madafferi y otros c. Australia* (CCPR/C/81/D/1011/2001); *Bakhtiyari y otros c. Australia* (CCPR/C/79/D/1069/2002); y *X. H. L. c. los Países Bajos* (CCPR/C/102/D/1564/2007).

[24] Los autores sostienen que el Comité respalda este principio en su dictamen en el asunto *Derksen c. los Países Bajos* (CCPR/C/80/D/976/2001), párrs. 9.2 y 9.3. También se remiten a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Núñez c. Noruega*, párrs. 79 a 85.

[25] Los autores se remiten a la observación general del Comité núm. 17 (1989) sobre los derechos del niño, párrs. 2 a 5. También se remiten a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la demanda *Moser c. Austria* (núm. 12643/02), de 21 de septiembre de 2006, párrs. 68 a 69. Indican que, en esta sentencia, el Tribunal sostuvo que el Estado tenía el deber de ayudar a los padres que no podían mantener a sus hijos, sin perjuicio de la obligación de los padres de cuidar de sus hijos.

[26] Los autores citan como fuente la sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 21 de septiembre de 2012 (ECLI: BW 5328).

[27] Los autores indican que el Tribunal Supremo basó su decisión en la Directiva 2003/9/CE del Consejo Ejecutivo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo, y en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Ejecutivo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[28] Nils Muižnieks, Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, Informe tras su visita a los Países Bajos del 20 al 22 de mayo de 2014. Disponible en http://rm.coe.int/16806db830.

[29] Comité Europeo de Derechos Sociales, *Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países Bajos* (denuncia núm. 90/2013), decisión de 1 de julio de 2014.

4.2 El Estado parte describe las leyes y políticas pertinentes, en particular la Ley de la Prestación General por Hijos a Cargo, la Ley de Extranjería y la Ley de Vinculación. En cuanto a la Ley de la Prestación General por Hijos a Cargo, el Estado parte señala que su propósito es ayudar a los padres en la crianza de sus hijos y que, por lo tanto, se trata de una prestación que se concede a los padres y no a los hijos. Además, afirma que esta prestación no pretende ser un "mecanismo de apoyo a los ingresos". Indica además que uno de los principios básicos de esta Ley es que todos los residentes de los Países Bajos están asegurados. Sin embargo, los extranjeros que no han sido "admitidos" en el país no están asegurados. La excepción se deriva del principio de condicionar los derechos a prestaciones sociales a la situación legal de residencia, previsto en la Ley de Vinculación, cuyo objetivo era poner fin a una situación en la que numerosos extranjeros que residían ilegalmente en los Países Bajos conseguían prolongar su residencia *de facto* en parte porque podían reclamar prestaciones sociales. La Ley establece el principio básico de que el extranjero que no tiene un "permiso de residencia incondicional" no puede reivindicar las ayudas públicas. Por consiguiente, un extranjero que ha sido autorizado a permanecer temporalmente en el Estado parte no puede acogerse a las ayudas públicas.

4.3 El Estado parte indica que el régimen establecido por la Ley de Vinculación no es un sistema rígido que deniegue las prestaciones solo a los extranjeros que no han sido admitidos en el país, con independencia de sus circunstancias, y que existen excepciones al principio de condicionar la asistencia social al estatuto de residencia. En primer lugar, el Estado menciona las excepciones generales en los ámbitos de la educación, la atención de salud y la asistencia jurídica. Todas las personas menores de 18 años son admitidas en el sistema educativo, independientemente de su situación de residencia; se presta atención médica a todas las personas en situaciones de riesgo para la vida y en casos de riesgo para terceros, de embarazo y de parto, y todas las personas tienen derecho a la asistencia jurídica. En segundo lugar, el Estado alude a excepciones concretas: a) determinadas categorías de extranjeros tienen derecho a la asistencia social, por ejemplo, las víctimas de la trata y los extranjeros en procesos de reunificación familiar; b) los extranjeros que están a la espera de una decisión sobre su permiso de residencia, aunque no tienen derecho a ningún tipo de asistencia social en el régimen ordinario de seguridad social, pueden obtener ciertas prestaciones en virtud de disposiciones específicas como, por ejemplo, los decretos sobre los solicitantes de asilo y otras categorías de extranjeros y sobre ciertas categorías de extranjeros. El primero establece servicios de acogida, un subsidio semanal y otras ayudas financieras, y el segundo otorga a los extranjeros que no son solicitantes de asilo los medios de subsistencia necesarios, que comprenden un subsidio y la cobertura de gastos médicos. Además, el Estado parte indica que los solicitantes de asilo que viven legalmente en los Países Bajos a la espera del resultado del procedimiento de asilo reciben alojamiento; un subsidio semanal para alimentos, ropa y otros gastos personales; billetes de transporte público para asistir a los procedimientos de asilo, acceso a actividades de esparcimiento; cobertura de gastos médicos; seguro de responsabilidad civil, y cobertura de gastos excepcionales.

4.4 El Estado parte recuerda los hechos principales recogidos en la comunicación de los autores. Indica que mientras se examinaba su primera solicitud de asilo (véase el párr. 2.5), los autores tuvieron acceso a alojamiento, actividades educativas, un subsidio semanal, un plan de prestaciones médicas y un seguro de responsabilidad civil. Se refiere a sus solicitudes del permiso de residencia y de la prestación general por hijos a cargo.

4.5 El Estado parte sostiene que los autores no han demostrado que la denegación en su caso de la prestación general por hijos a cargo constituya una violación de los artículos 23; 24, párrafo 1, y 26 del Pacto. En cuanto a la alegación de los autores relacionada con el artículo 23, el Estado parte considera que esa disposición no engendra una obligación positiva de prestar asistencia financiera alguna a las familias como, por ejemplo, prestaciones por hijos a cargo[30], y que, por lo tanto, no se plantea la cuestión de injerencia o pasividad del Estado en lo que respecta a la vida familiar de los autores. El Estado parte reitera que la prestación por hijos a cargo no constituye un mecanismo general de apoyo a

[30] El Estado parte se remite al asunto *Oulajin y Kaiss c. los Países Bajos*, comunicaciones núms. 406/1990 y 426/1990.

los ingresos y no tiene por objeto garantizar a las familias con hijos un nivel mínimo de subsistencia. Es más, sostiene que, en la medida en que el artículo 23 puede engendrar obligaciones positivas, tales obligaciones guardan relación con medidas para proteger la unidad familiar y propiciar la reunificación de la familia.[31] Indica que, por lo tanto, la analogía establecida por los autores con el caso *Winata y otros c. Australia* es improcedente[32] y rechaza el argumento de los autores de que de esa decisión puede derivarse una obligación positiva de prestar asistencia financiera a las familias.

4.6 Respecto de la reclamación los autores al amparo del artículo 24 del Pacto, el Estado parte observa que, según la observación general núm. 17 del Comité, el artículo 24, párrafo 1, tiene por objeto proteger a los niños frente a todo menoscabo de su bienestar físico o psicológico y engendra la obligación de garantizar a los niños una mayor protección que a los adultos. En su observación general núm. 17, el Comité indica que la responsabilidad primordial de proteger a los niños incumbe a los padres, y el Estado está obligado a intervenir cuando los padres no lo hacen. Reitera que la prestación general por hijos a cargo no tiene por objeto garantizar a las familias un nivel mínimo de subsistencia, y que todos los residentes ilegales en los Países Bajos tienen acceso a ayudas básicas. Añade que la obligación prevista en el artículo 24 del Pacto no incluye la concesión de prestaciones por hijos a cargo, ni siquiera teniendo en cuenta las necesidades y los intereses del niño. El Estado parte discrepa de que los casos mencionados por los autores sustenten en modo alguno la idea de que las consecuencias indirectas de las decisiones del Estado en relación con los padres den lugar a derechos específicos de los niños en virtud del artículo 24 del Pacto. Reitera que la prestación por hijos a cargo es una contribución financiera a los gastos de los padres, de la cual no es titular el niño. El Estado parte afirma que formuló una reserva al artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño porque considera que esa disposición no implica que el niño tenga un derecho independiente a la seguridad social, incluido un medio de asistencia social como la prestación por hijos a cargo.

4.7 En cuanto a la reclamación de los autores referida al artículo 26 del Pacto, el Estado parte observa que no es inhabitual que los tratados de derechos humanos establezcan distinciones atendiendo a la situación de residencia[33]. Señala que el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace dicha distinción[34] y que el alcance y el contenido del artículo 26 del Pacto son similares a las disposiciones respectivas del Convenio Europeo[35]. El Estado parte sostiene que esos tratados no prohíben todas las formas de trato desigual, sino solo las de carácter discriminatorio[36]. Observa que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deben existir "razones de gran peso" para justificar una distinción basada únicamente en la nacionalidad[37]. El Estado parte sostiene que en el caso de los autores la distinción se basa principalmente en la situación de residencia y que hay

[31] El Estado parte se refiere a *Winata y otros c. Australia*, y *Sahid y otros c. Nueva Zelandia* (CCPR/C/77/D/893/1999).

[32] El Estado parte recuerda que ese caso tenía que ver con la decisión de expulsar a los padres del niño, que obligaba también al niño a abandonar el país en interés de mantener los lazos familiares, aunque no había necesidad de que el niño abandonara el país.

[33] El Estado parte se remite al artículo 1 del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica y al artículo 1, párrafo 1, del apéndice de la Carta Social Europea revisada, que pueden consultarse en https://www.coe.int/en/web/ conventions/full-list/-/conventions/treaty/014 y https://rm.coe.int/168007cde4, respectivamente.

[34] El Estado parte indica que, según el artículo 1, párrafo 1, del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos, no se considera residentes legales a los extranjeros que están a la espera de ser admitidos en el país de que se trata.

[35] El Estado parte cita como disposiciones pertinentes el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio, e informa de que esto fue confirmado por el Tribunal Supremo en su decisión de 23 de noviembre de 2013 relativa al caso de los autores.

[36] El Estado parte sostiene que la discriminación se produce cuando no existe una justificación suficientemente objetiva y razonable; es decir, la desigualdad de trato debe tener un propósito legítimo y los medios para alcanzarlo deben ser razonables y proporcionados atendiendo a ese propósito.

[37] El Estado partes se remite a las demandas *Gaygusuz c. Austria* y *Andrejeva c. Letonia* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

suficientes motivos que la justifican[38]. Alude a una serie de elementos justificativos[39]. En primer lugar, el Estado parte recuerda que la Ley de Vinculación condiciona la concesión de prestaciones sociales a la situación de residencia legal para impedir que los extranjeros que son residentes ilegales, o los que son residentes legales pero solo porque está pendiente la decisión sobre su solicitud de residencia[40], adquieran la apariencia de tener residencia legal o establezcan una posición jurídica tan sólida que, una vez concluido el procedimiento, resulte imposible expulsarlos. En segundo lugar, observa que los extranjeros que son residentes legales en virtud de la Ley de Extranjería tienen derecho a determinadas ayudas, prestaciones y subsidios, y que los autores se acogieron a dichas prestaciones. En tercer lugar, el Estado parte informa de que, en relación con la seguridad social, los órganos legislativos nacionales suelen ejercer facultades discrecionales al determinar si existe o no una justificación objetiva y razonable para establecer una distinción.

4.8 El Estado parte sostiene que una obligación incondicional de tratar a los extranjeros sin residencia legal del mismo modo que a los nacionales y a quienes han sido admitidos en el país le impediría aplicar una política de inmigración que protegiera el bienestar económico del país[41]. En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, observa que el derecho internacional reconoce el derecho de los Estados a ejercer control sobre la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros[42]. El Estado parte señala que ningún tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas protege el derecho a percibir una prestación por hijos a cargo[43]. Indica que la denegación de esta prestación a los autores es una medida razonable y proporcionada atendiendo a su propósito legítimo y, por lo tanto, está suficientemente justificada, y que el hecho de que los autores hayan residido largo tiempo en los Países Bajos con el conocimiento de las autoridades no cambia esta conclusión. Además, el Estado parte rechaza el argumento de los autores de que el Tribunal Supremo aplicó el criterio incorrecto al no evaluar si su trato diferenciado estaba justificado por "razones de gran peso"[44], y sostiene que se sopesaron suficientemente los intereses de los autores y el interés público[45]. Recuerda que el hecho de que un extranjero lleve mucho tiempo residiendo en los Países Bajos sin obtener un permiso de residencia válido no es una característica personal inherente e inmutable, sino que entraña una opción. Habida cuenta de ese factor optativo, el Estado parte sostiene que la justificación requerida no debe ser de igual peso a la exigida para una distinción basada en la nacionalidad[46]. En este contexto, el Estado parte rechaza la analogía establecida por los autores con el dictamen del Comité en el asunto *Derksen c. los Países Bajos*, ya que el caso de los autores se refiere exclusivamente a una distinción basada en la situación de residencia.

4.9 El Estado parte indica que la referencia de los autores a la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso *Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países*

[38] El Estado parte recuerda que en su decisión de 23 de noviembre de 2013 el Tribunal Supremo se remitió a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Niedzwiecki c. Alemania*, párr. 33

[39] El Estado parte se remite a la sentencia de 31 de marzo de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la demanda *Weller c. Hungría* (núm. 44399/05), párr. 28.

[40] El Estado parte se remite al artículo 8, apartados f), g) y h), de la Ley de Extranjería.

[41] El Estado parte se remite a sentencia de 27 de mayo de 2008 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda de *N. c. el Reino Unido* (núm. 26565/05).

[42] El Estado parte se remite a la demanda *Nacic y otros c. Suecia* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 79.

[43] El Estado parte sostiene que no procede la referencia de los autores a los casos *De Souza Ribeiro c. Francia* y *Núñez c. Noruega*.

[44] El Estado parte considera que no le corresponde valorar la fundamentación de un fallo del Tribunal Supremo.

[45] Según el Estado parte, es una cuestión de interés público eliminar la posibilidad de que alguien solicite prestaciones sin un permiso de residencia válido, lo cual puede generar una oportunidad de prolongar una residencia ilegal.

[46] El Estado parte se remite a la demanda de *Bah c. el Reino Unido* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 47.

Bajos no resulta procedente en el caso de los autores, pues no tiene nada que ver con la concesión de prestaciones de seguridad social.

Comentarios de los autores acerca de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

5.1 El 18 de noviembre de 2015, los autores presentaron sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte. Afirman que el Estado parte, al denegarles la prestación general por hijos a cargo basándose únicamente en su situación de residencia, pasó por alto que, en el momento de la solicitud, R. era una niña de 4 años vulnerable y con necesidades especiales que vivía en condiciones de extrema pobreza e indigencia, algo que el Estado parte no refutó. Sostienen que las circunstancias de R. justificaban una aplicación más flexible de la Ley de Vinculación y de la política gubernamental, y señalan que en las observaciones del Estado parte no se consideraron esas circunstancias, en particular los intereses de su hija como menor de edad.

5.2 En respuesta al argumento del Estado parte de que los extranjeros sin permiso de residencia tienen acceso a la educación en el caso de los menores de edad, a la atención médica en situaciones de riesgo para la vida y a servicios de asistencia jurídica, los autores sostienen que el Estado parte no ha demostrado de qué manera se cumplen mediante estas prestaciones las obligaciones del Estado parte de proteger los intereses de los niños. Reiteran que la dolencia de R. fue causada por la situación de la familia, que vivía con unos ingresos que distaban mucho del "umbral mínimo", y que al solicitar la prestación general por hijos a cargo pretendían alcanzar dicho umbral. En respuesta al argumento del Estado parte de que la condición migratoria de R. entrañaba una opción, los autores indican que R. no tenía posibilidad alguna de decidir sobre su situación migratoria y que nació en los Países Bajos.

5.3 Los autores indican que la Comisión Europea reconoce la importancia de la obligación del Estado de proteger los intereses de los niños[47]. Por lo tanto, sostienen que el razonamiento del Estado parte no se sostiene, ya que la desatención de los intereses independientes de los niños no es consonante con las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del derecho internacional.

Observaciones adicionales del Estado Parte

6.1 El 12 de enero y el 24 de marzo de 2016, el Estado parte presentó observaciones adicionales al Comité. Sostiene que los comentarios de los autores parecen haberse presentado desde la perspectiva de R., que no es uno de los autores de la comunicación. El Estado parte observa que es consciente de la importancia de los intereses de R. para el procedimiento en curso, pero sostiene que tales intereses no pueden considerarse el único o principal punto de referencia en lo que respecta al Pacto. Además, pone de relieve que los autores tenían la obligación abandonar los Países Bajos tras la denegación de su solicitud de asilo.

6.2 En cuanto a la reclamación de los autores de que R. se vio obligada a vivir y crecer en la indigencia, el Estado parte señala que se les prestó la asistencia necesaria en el período pertinente entre el 1 de octubre de 2006 y el 31 de marzo de 2008. Recuerda que entre enero y septiembre de 2007 recibieron una asignación mensual en virtud del Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros (véase el párr. 2.6) mientras aguardaban la decisión sobre su segunda solicitud del permiso de residencia. Observa que R. era atendida por servicios como menor de edad; asistía a un servicio de guardería médica cuatro días por semana, y los autores vivían en una vivienda

[47] Los autores se remiten al asunto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *H. C. Chávez-Vilches y otros c. el Directorio del Banco de la Seguridad Social y otros* (núm. C-133/15), en que el Tribunal Central Administrativo solicitó un dictamen preliminar de la Comisión Europea. La Comisión declaró que la aplicación de las correspondientes reglas en materia de derecho y bienestar de la familia por parte de las autoridades nacionales estaba sujeta al derecho nacional e internacional, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y por ello ofrecía una protección adecuada del derecho al respeto de la vida familiar y de los intereses del niño.

alquilada por la fundación Voice in the City, subvencionada por el Ayuntamiento de Haarlem.

6.3 El Estado parte recuerda que, en el período pertinente, R. y su familia aguardaban la decisión sobre su solicitud del permiso de residencia. Sostiene que la situación no puede calificarse de estado de indigencia y que la denegación de la prestación por hijos a cargo no puede conducir a tal estado.

6.4 El Estado parte coincide con los autores en que la comunicación se refiere a la prestación general por hijos a cargo. Reitera, sin embargo, que esta prestación no es un mecanismo general de apoyo a los ingresos y no pretende garantizar a las familias con hijos un nivel mínimo de subsistencia. También reitera que el propósito de esta prestación es contribuir a los gastos de cuidado y crianza de los hijos y que la necesidad no es un criterio para su concesión.

6.5 En cuanto a los comentarios de los autores sobre Voice in the City (véase el párr. 7.1), el Estado parte afirma que, al indicar que Voice in the City recibía apoyo del Estado, no pretendía más que puntualizar que durante el período en cuestión, entre el 1 de octubre de 2006 y el 31 de marzo de 2008, los autores recibieron alojamiento y ayudas para los gastos de vivienda y de subsistencia.

Comentarios de los autores sobre las observaciones adicionales del Estado parte

7.1 El 15 de febrero de 2016, los autores presentaron sus comentarios sobre las observaciones adicionales del Estado parte. Celebran que el Estado parte haya reconocido su necesidad de un nivel mínimo de subsistencia. Sin embargo, sostienen que las familias, en particular aquellas con niños vulnerables, no pueden ser abandonadas en la indigencia, como ocurrió en el caso de R. Recuerdan que su estado de indigencia fue creado por el Estado parte y que Voice in the City intervino alquilando un "tugurio que iba a ser demolido" para dar cobijo a la familia. Los autores afirman que el Estado parte falsea los hechos al señalar que Voice in the City es subvencionada por el Estado; indican que la organización benéfica no recibió instrucciones del Ayuntamiento de Haarlem para que ayudara a la familia y es financiada principalmente por iglesias locales y donaciones individuales[48].

7.2 En cuanto a la afirmación del Estado parte de que se proporcionó a la familia suficiente dinero para cubrir sus necesidades básicas porque recibieron pagos en virtud del Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros desde el 1 de enero de 2007 hasta el 4 de septiembre de 2007, los autores indican que hay periodos, como el comprendido entre su llegada al Estado parte en 2005 y el 1 de enero de 2007 y el posterior al 4 de septiembre de 2007, que no menciona el Estado parte en sus observaciones. Los autores rechazan el argumento del Estado parte de que la familia se encontraba "en la situación habitual de los solicitantes de asilo" en el período en cuestión, ya que no recibieron pagos la mayor parte del período transcurrido entre el 17 de marzo de 2005, fecha en que "los dejaron en la calle", y el 22 de enero de 2009, fecha en que recibieron un permiso de residencia. Indican que este derecho les permitía acogerse a una asignación mensual de unos 215 euros para R., que es tan solo una "fracción" del importe necesario para que una familia tenga el nivel de vida mínimo en los Países Bajos.

7.3 Los autores recuerdan que su comunicación se refiere únicamente a la prestación por hijos a cargo. Afirman que esa prestación es importante para alcanzar el nivel mínimo de subsistencia, del que fue privada la familia. Consideran que la asignación trimestral de 186 euros los habría acercado considerablemente al umbral mínimo.

7.4 Los autores reiteran que solo los progenitores pueden solicitar la prestación por hijos a cargo, solo ellos pueden recibirla y solo ellos pueden entablar procedimientos para reclamarla. Por lo tanto, aunque R. no es autora de la comunicación, su situación y sus derechos humanos siempre han sido el foco de atención de los procedimientos judiciales. Los autores afirman que, en su calidad de padres, tienen la obligación legal de proveer al

[48] Los autores señalan que en los últimos años las subvenciones estatales han representado entre el 9 % y el 13 % del presupuesto de Voice in the City.

sustento de R.; sin embargo, la familia en su conjunto se vio afectada por la falta de un nivel mínimo de subsistencia. Sostienen que el hecho de que R. no pudiera solicitar las prestaciones por sí misma no cambia esta conclusión.

7.5 En respuesta a las observaciones del Estado parte sobre sus reclamaciones al amparo de los artículos 23 y 24 del Pacto, los autores sostienen que tales reclamaciones no pueden evaluarse sin tener en cuenta la perspectiva de R. Señalan que los actos del Estado parte han violado los derechos de R. en su condición de niña. Afirman que las obligaciones del Estado parte dimanantes del Pacto no se ven afectadas por la obligación de los autores de abandonar los Países Bajos, y que el Estado parte no puede, en aras de su política de inmigración, hacer caso omiso de las obligaciones que en materia de derechos humanos le imponen los artículos 23 y 24 del Pacto.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

8.3 El Comité toma nota de la afirmación de los autores de que han agotado todos los recursos internos efectivos a su disposición. Puesto que el Estado parte no ha formulado objeción alguna al respecto, el Comité considera que se han cumplido los requisitos del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo.

8.4 El Comité considera que los autores han fundamentado suficientemente, a los efectos de la admisibilidad, sus reclamaciones relativas a los artículos 23; 24, párrafo 1, y 26 del Pacto. Por consiguiente, declara que la comunicación es admisible y procede a examinarla en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité ha examinado la comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

9.2 El Comité toma nota de la afirmación de los autores de que la prestación general por hijos a cargo puede considerarse una medida de protección del niño que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, como se dispone en el artículo 24 del Pacto, y de que al denegar esa prestación, el Estado parte no brindó a R. las medidas de protección que requería su condición de menor con arreglo al artículo 24, párrafo 1, del Pacto. El Comité toma nota de la afirmación de los autores de que, al decidir sobre la concesión de la prestación por hijos a cargo, una consideración primordial del Estado parte debe ser el interés superior del niño. En este asunto, al Comité no le compete pronunciarse en general sobre las obligaciones de los Estados partes en el Pacto de conceder prestaciones por hijos a cargo, ni tampoco sobre la medida en que se justifica condicionar la titularidad de tales prestaciones al estatuto de residencia. El Comité se limita en cambio a examinar la cuestión de si, en las circunstancias particulares de este caso, la denegación de la prestación general por hijos a cargo solicitada por los autores vulneró los derechos que asistían a R. en virtud del artículo 24, párrafo 1, del Pacto.

9.3 El Comité recuerda que, en virtud del artículo 24, todo niño tiene derecho a medidas especiales de protección por su condición de menor[49]. También recuerda que el principio de que en todas las decisiones que afectan al niño su interés superior debe ser una consideración primordial forma parte integrante del derecho de todo niño a las medidas de

[49] Véase la observación general núm. 17, párr. 4; véase también *Mónaco de Gallicchio c. Argentina* (CCPR/C/53/D/400/1990), párr. 10.5.

protección exigidas por el artículo 24, párrafo 1, del Pacto[50]. Los Estados partes en el Pacto tienen la obligación positiva de proteger a los niños frente a todo menoscabo de su bienestar físico o psicológico, lo que puede suponer garantizarles un nivel mínimo de subsistencia, para cumplir las exigencias del artículo 24, párrafo 1, del Pacto.

9.4 El Comité observa que los autores presentaron una primera solicitud de asilo el 15 de agosto de 2001, que fue denegada el 24 de febrero de 2003, y que esa decisión pasó a ser definitiva por decisión del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2005. El Comité observa asimismo que los autores vivieron en un albergue administrado por el Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo desde que llegaron en 2001 hasta el 17 de marzo de 2005, cuando se les pidió que lo abandonaran, tras la denegación de su solicitud de asilo. También observa que durante ese periodo los autores tuvieron derecho a un subsidio semanal para alimentos, ropa y otros gastos personales, actividades recreativas y cobertura médica en virtud del decreto relativo a los solicitantes de asilo y otras categorías de extranjeros. El Comité observa que los autores presentaron dos solicitudes del permiso de residencia: el 21 de diciembre de 2005 y el 19 de septiembre de 2006, y que el 13 de octubre de 2008 presentaron una solicitud de aplazamiento de la orden de expulsión debido al segundo embarazo de la Sra. Hashemi. El Comité toma nota de la decisión del Secretario de Justicia de 2 de noviembre de 2008 por la que se aplazó la expulsión y se autorizó a los autores a permanecer en el país desde el 11 de noviembre de 2008 hasta finales de enero de 2009, dándoles derecho a la residencia legal durante ese período.

9.5 El Comité considera que, con arreglo al artículo 24, párrafo 1, del Pacto, el Estado parte tienen la obligación positiva de asegurar la protección del bienestar físico y psicológico de los niños, incluso garantizando su subsistencia en los casos en que sus padres carezcan de otros ingresos o asistencia. El Comité toma nota de la afirmación del Estado parte, que no refutan los autores, de que entre enero y septiembre de 2007 los autores recibieron una asignación mensual en virtud del Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros y de que R. recibía atención médica cuatro días a la semana. El Comité observa que los autores volvieron a percibir ese subsidio mensual a partir del 11 de noviembre 2008 y que R. tenía acceso a la atención médica en situaciones de riesgo para la vida, así como a la educación, independientemente de su situación de residencia.

9.6 El Comité toma nota de la alegación de los autores de que el Estado parte debería haber tenido en cuenta sus circunstancias específicas, en particular la situación de R. como niña vulnerable con necesidades especiales, y su extrema pobreza e indigencia, que consideran la causa principal de la dolencia de R. Sin embargo, en las circunstancias particulares del caso, el Comité considera que los autores no han establecido una vinculación entre el estado de salud de R. y la denegación en su caso de la prestación general por hijos a cargo, dado que no han demostrado que la ayuda económica alternativa de que dispusieron fuese materialmente desfavorable para la salud de su hija en comparación con la ayuda que ofrece el régimen de prestaciones generales por hijos a cargo.

9.7 A la luz de todas las circunstancias mencionadas, el Comité llega a la conclusión de que los hechos que tiene ante sí no constituyen una violación de los derechos que asisten a la hija de los autores en virtud del artículo 24, párrafo 1, del Pacto.

9.8 En vista de lo que antecede, el Comité no considera necesario seguir examinando las reclamaciones de los autores referidas al mismo asunto, en relación con los artículos 23 y 26 del Pacto.

10. El Comité, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, dictamina que de la información que tiene ante sí no se deprende que el Estado parte haya vulnerado los derechos que asisten a los autores o a su hija en virtud de los artículos 23, 24 o 26 del Pacto.

[50] *Bakhtiyari y otros c. Australia*, párr. 9.7.

Anexo

Voto particular (disidente) de José Santos Pais, miembro del Comité

1. Lamento no poder compartir la conclusión del Comité de que el Estado parte no vulneró los derechos que asistían a los autores en virtud del artículo 24, párrafo 1, del Pacto.

2. Los autores son Jamshed Hashemi y Maryam Hashemi, nacionales del Afganistán, presentan la comunicación en nombre propio y en el de sus dos hijos nacidos en los Países Bajos, R., nacida en 2002, y Q., nacido en 2008.

3. Los autores llegaron a los Países Bajos en 2001, huyendo de los talibanes. Presentaron una primera solicitud de asilo en 2001, que fue denegada en 2003. Recurrieron la decisión ante el Tribunal Regional de La Haya, apelación que también fue rechazada. En 2005, el Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Regional (véase el párr. 2.1).

4. A raíz de esa decisión, en marzo de 2005 se exigió a los autores que abandonaran el centro de solicitantes de asilo en que vivían. En noviembre de 2005 se trasladaron a un albergue de emergencia facilitado por una organización de beneficencia, Voice in the City, en Haarlem, dado que no tenían ingresos, y recibieron de esa organización una ayuda semanal de 62 euros.

5. En diciembre de 2005, los autores, en nombre de su hija y debido a su deficiente estado de salud, solicitaron un permiso de residencia, que fue denegado y finalmente rechazado en 2008 por el Consejo de Estado (véase el párr. 2.2). R. padecía un "trastorno de estrés crónico" a raíz de las "vivencias traumáticas" de su pasado, un "estancamiento del desarrollo del habla", un "estancamiento del desarrollo socioemocional", desapego con respecto a sus padres y una "regresión debida a la situación traumática" de la familia. A partir de julio de 2007, varias organizaciones de salud se ocuparon de los problemas médicos de R. (véase el párr. 2.7).

6. De enero a septiembre de 2007, los autores tuvieron acceso a servicios de acogida y recibieron del Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo una asignación mensual de unos 213,72 euros, cuya beneficiaria era R., de conformidad con el Reglamento relativo a los Subsidios para Determinadas Categorías de Extranjeros (véase el párr. 2.6). En diciembre de 2007, los autores pasaron a residir en una vivienda facilitada por Voice in the City, que pagaba las facturas de electricidad y agua y les abonaba una ayuda semanal de 80 euros (véase el párr. 2.5).

7. La presente comunicación se refiere a la denegación por el Estado parte de la solicitud presentada en noviembre de 2007 por los autores en nombre de R. al Banco de la Seguridad Social para percibir la prestación general por hijos a cargo, que se concede a todos los padres con hijos pequeños para ayudarles a sufragar los gastos de crianza, solicitud que abarcaba el período comprendido entre el cuarto trimestre de 2006 y el primer trimestre de 2008. Para recibir esa prestación, el interesado debe estar asegurado; no se puede considerar asegurado a un extranjero que no resida legalmente en los Países Bajos (véase el párr. 2.8). En consecuencia, el Banco de la Seguridad Social denegó la solicitud de los autores porque no tenían un permiso de residencia válido (véase el párr. 2.9). Los autores apelaron la decisión, pero el Consejo de Estado la confirmó (véanse los párrs. 2.10 a 2.11).

8. La primera cuestión radica en determinar si, a raíz de la denegación a los autores de la prestación general por hijos a cargo, los autores y sus hijos se vieron obligados a sobrevivir con "medios insuficientes para el sustento", sumidos en la pobreza absoluta. Aunque esa prestación no se considera normalmente una prestación de subsistencia, en el caso de los autores adquirió ese carácter, ya que era necesaria para impedir que vivieran por debajo del umbral de pobreza y asegurar un mínimo nivel de subsistencia para sus hijos. Durante el periodo en cuestión, los autores recibieron un subsidio mensual de solo unos

213,72 euros del Organismo Central de Acogida de los Solicitantes de Asilo, destinado a R. (durante solo nueve meses), y una ayuda semanal de 62 euros de Voice in the City, organización benéfica financiada principalmente por iglesias locales y donaciones particulares y a cuyo presupuesto el Estado parte solo contribuía un 9 % a 13 % (véase el párr. 7.1). Posteriormente, la familia recibió una ayuda semanal de 80 euros, también de Voice in the City (véase el párr. 3.5). Tales condiciones financieras malamente alcanzan el umbral mínimo de subsistencia para los hijos, para no hablar ya de toda una familia. En semejante situación de indigencia, percibir una asignación trimestral de 186 euros ciertamente los habría acercado considerablemente al umbral mínimo (véase el párr. 7.3).

9. Otra cuestión es determinar si el estado de salud de R. se vio agravado por la situación familiar de "pobreza aguda", que era tremendamente estresante (véase el párr. 3.5). A este respecto, la precariedad de la situación legal y financiera de la familia tuvo un impacto considerable en el estado de salud de la niña (véanse los párrs. 5.1 y 5.2), aunque esta sí pudo recibir alguna atención médica (véase el párr. 6.2).

10. Al denegar la prestación general por hijos a cargo, asignación concebida para contribuir al cuidado y la crianza de los hijos (párr. 6.4), el Estado parte no tomó debidamente en cuenta la protección del interés superior de los niños. A este respecto, el Estado parte tendría la obligación de proveer a las necesidades mínimas de subsistencia de los niños cuyos padres no pudieran mantenerlos (párr. 3.7), ayudándolos a alcanzar un umbral mínimo de subsistencia. Ello es particularmente pertinente en el caso de los autores, que vivían en los Países Bajos desde 2001 y no podían regresar al Afganistán.

11. En contra de la determinación del Comité, yo habría concluido, por tanto, que al denegar a los autores la prestación general por hijos a cargo, el Estado parte vulneró los derechos que asistían a R. en virtud del artículo 24, párrafo 1, del Pacto, según el cual todo niño tiene derecho a medidas especiales de protección por su condición de menor. En efecto, en el presente caso el Estado parte no respetó el principio de que en todas las decisiones que afectan al niño, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. Como bien señala el Comité (véanse los párrs. 9.3 y 9.5), los Estados partes en el Pacto tienen la obligación positiva de proteger a los niños contra todo menoscabo de su bienestar físico y psicológico, incluso garantizándoles un mínimo de subsistencia, en los casos en que sus padres carezcan de otros ingresos o asistencia. En mi opinión, en el presente caso no se cumplió esta obligación positiva[1].

[1] Véase también el asunto *Abdoellaevna y Y. c. los Países Bajos* (CCPR/C/125/D/2498/2014), párr. 7.4, en particular la observación del Comité de que la falta de protección social de los niños puede en determinadas circunstancias menoscabar su bienestar físico y psicológico.