

REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS

CASO JULIA MENDOZA Y OTROS VS. ESTADO DE MEKINÉS

ESCRITO DE SOLICITUDES, ARGUMENTOS Y PRUEBAS

**PRESENTADO ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

INDICE

1. ABREVIATURAS.....	4
2. BIBLIOGRAFÍA.....	5
2.1. Instrumentos jurídicos internacionales.....	5
2.2. Decisiones judiciales internacionales.....	5
A) Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	5
B) Corte Europea de Derechos Humanos.....	7
2.3. Opiniones consultivas de la Corte IDH.....	8
2.4. Resoluciones OEA.....	9
2.5. Documentos del SUDH.....	9
A) Observaciones generales.....	9
B) Comentarios generales.....	9
C) Informes.....	10
2.6. Doctrina.....	10
3. HECHOS.....	11
3.1. Contexto general.....	11
3.2. Situación de Julia, Tatiana y H.M.H.....	11
3.3. Trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).....	13
4. ANÁLISIS LEGAL.....	14
4.1. Competencia de la Corte IDH.....	14
4.2. Alegatos de Fondo.....	15
a) El Estado de Mekinés es responsable por las violaciones a los derechos de H. consagrados en los artículos 12, 19 y 8.1 de la CADH, en relación con su obligación de respeto y garantía libre de toda forma de discriminación racial y religiosa (artículo 1.1).	16
i. Derecho a la Libertad de Religión de H.	17
ii. Discriminación racial y religiosa contra H: juicio de proporcionalidad en el marco de la igualdad.....	25
b) El Estado de Mekinés es responsable por las violaciones en perjuicio de H. a los artículos 8.1, 17.4 y 19, en relación con la obligación de respeto y garantía libre de toda forma de discriminación por la orientación sexual de la madre (artículo 1.1).	27

i. Derecho de H a que se le respete su decisión de permanecer al lado de su madre en virtud de la protección del interés superior del menor en caso de disolución marital (art. 17.4).....	27
ii. Discriminación por la orientación sexual de la madre: juicio de proporcionalidad en el marco de la igualdad.....	29
C) El Estado de Mékinés es internacionalmente responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 12, 17 y 24 en relación con su obligación de respeto a los derechos (artículo 1.1) y el deber general de adoptar disposiciones en derecho interno (artículo 2), todos ellos contenidos en la CADH, con respecto a Julia y Tatiana	30
a) El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por la violación del artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la CADH en contra de Julia y Tatiana.....	32
i. Discriminación en razón a su orientación sexual	34
ii. Discriminación en razón de la raza y religión	36
b) El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por la violación del artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber general de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH en contra de Julia y Tatiana.	40
5. PETITORIO.....	47
5.1 Medidas de restitución	47
5.2 Medidas de satisfacción	48
5.3 Medidas de garantía y no repetición	48

1. ABREVIATURAS

Carta de la Organización de los Estados Americanos: **Carta de la OEA**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: **Comisión o CIDH**

Convención Americana de Derechos Humanos: **CADH o Convención**

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia: **CIRDI**

Convención sobre los Derechos del Niño: **CDN**

Convención sobre la eliminación de toda forma de Discriminación Racial: **CERD**

Corte Europea de Derechos Humanos: **CEDH**

Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Corte o Corte IDH**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: **DADDH**

Declaración y Programa de Acción de Durban: **DPAD**

Declaración Universal de los Derechos Humanos: **DUDH**

Hija de Julia y Marcos: **H. M. H o H.**

Niños, Niñas y Adolescentes: **NNA**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: **PIDCP**

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: **Protocolo de San Salvador**

Sistema Interamericano de Derechos Humanos: **SIDH**

Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos: **SUDH**

2. BIBLIOGRAFÍA

2.1. Instrumentos jurídicos internacionales

- Carta de la Organización de Estados Americanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”
- Convención sobre la eliminación de toda forma de Discriminación Racial
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981
- Declaración y Programa de Acción de Durban
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad

2.2. Decisiones judiciales internacionales

A) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012; **Cit.Pág. 21, 26, 28, 29, 34, 35, 41, 42, 43, 47.**

Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011; **Cit.Pág. 33.**

Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005; **Cit.Pág. 44.**

Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000; **Cit.Pág. 43.**

Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de Mayo de 2010; **Cit.Pág.24.**

Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011; **Cit.Pág. 33.**

Caso Gonzáles Lluy y Otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015; **Cit.Pág.25.**

Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; **Cit.Pág. 20.**

Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004; **Cit.Pág.22.**

Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017; **Cit.Pág. 14.**

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile. Sentencia de 05 de febrero de 2001; **Cit.Pág.18.**

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014; **Cit.Pág. 36, 39.**

Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005; **Cit.Pág. 41.**

Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014; **Cit.Pág. 31.**

Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008; **Cit.Pág. 33.**

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988; **Cit.Pág. 14, 34.**

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005; **Cit.Pág. 32.**

B) Corte Europea de Derechos Humanos

Caso Angelova y Iliev Vs. Bulgaria, 26 de julio de 2007; **Cit.Pág. 36.**

Caso 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros 4 Vs. Georgia. 3 de Mayo de 2007; **Cit.Pág. 18.**

Caso Hasan y Chaush Vs. Bulgaria, 26 de octubre de 2000; **Cit.Pág. 18.**

Caso Instituto Otto-Preminger Vs. Austria, 20 de septiembre de 1994; **Cit.Pág. 19.**

2.3. Opiniones consultivas de la Corte IDH

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984; **Cit.Pág. 41.**

Corte IDH. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la CADH. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986; **Cit.Pág. 34.**

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987; **Cit.Pág. 32.**

Corte IDH. 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; **Cit.Pág. 17.**

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002; **Cit.Pág. 20, 21, 26, 31.**

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003; **Cit.Pág. 31.**

2.4. Resoluciones OEA

OEA, Asamblea General. Resolución sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, OEA AG/Res 2807, 6 de junio de 2013, punto resolutivo 1; **Cit.Pág. 35.**

2.5. Documentos del SUDH

A) Observaciones generales

Observación General N°11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11 de 12 de febrero de 2009; **Cit.Pág. 24.**

Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio de 2009; **Cit.Pág. 21.**

B) Comentarios generales

Consejo de Derechos Humanos. Racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: seguimiento y aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Durban. CCPR/C/21/27 de septiembre de 1993; **Cit.Pág. 19.**

C) Informes

ONU, Asamblea General. Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, A/70/286 de 5 de agosto de 2015; **Cit.Pág. 37.**

2.6 Doctrina

- Courtis, Christian (2010). “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24: Universidad Externado de Colombia. **Cit.Pág. 42.**
- Eide, A. y Torkel O. (1990). “Equality and non discrimination”, en *Publication*, nº 1: Norwegian Institute of Human Rights, Oslo. **Cit.Pág. 40.**
- Fundación Konrad Adenauer. (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. **Cit.Pág. 33, 40, 42, 43,.**
- Nash Rojas, Claudio (2009).”El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y Desafíos” México; Editorial Porrúa. **Cit.Pág. 34.**

3. HECHOS

3.1. Contexto general

1. Mekinés se encuentra al sur del continente americano. Es un Estado multiétnico, que incluye indígenas, blancos descendientes de europeos, criollos, asiáticos y afrodescendientes. El país se independizó en 1822 y se conformó en una República Federal, constituida por 32 estados.
2. Mekinés cuenta con una intensa historia de colonización y esclavitud. Además, es el país con la mayor población negra de la región, donde cerca del 55% de la misma se autodefine como afrodescendiente.

3.2. Situación de Julia, Tatiana y H.M.H

3. Julia y Marcos estuvieron casados durante 5 años. Producto de ese matrimonio, tuvieron una hija llamada H.M.H., cuya crianza, en común acuerdo por sus padres, se dio bajo los preceptos de la religión Candomblé, la cual practicaba Julia. Tras la separación de la pareja, H. quedó bajo la custodia de Julia, con visitas periódicas a Marcos. Años después, Julia inició una relación con Tatiana Reis y a los tres años, decidieron vivir juntas.
4. H., con ocho años de edad y tras manifestar su voluntad a su madre, realizó, bajo su consentimiento, el ritual religioso del Recogimiento, que comprendía la práctica de la escarificación y la permanencia en la comunidad por un periodo específico de tiempo.

5. Tras estos sucesos, Marcos denunció a Julia y a Tatiana ante el Consejo Tutelar de la Niñez de su región por maltrato a H., arguyendo que la menor estaba siendo obligada a permanecer en la comunidad religiosa, siendo víctima de daños corporales y de afectaciones a su libre desarrollo físico y emocional, con motivo de la orientación sexual, convivencia con su pareja y religión de Julia.
6. El Consejo de Tutela de la Niñez presentó una denuncia por privación de libertad y lesiones ante la Sala Penal del Tribunal local y envió una comunicación al Tribunal de Familia solicitando, como medida urgente, el alejamiento de H. de su madre y de su pareja y la posterior cesión de la custodia de la menor al padre.
7. Mientras que en el ámbito penal el Ministerio Público no interpuso una denuncia penal, en el ámbito civil, el 05 de mayo de 2021 el juez de primera instancia decidió transferir la custodia de H. a Marcos pues, además de los beneficios económicos y educativos que él ofrecía, dijo que Julia, haciendo explícita su opción sexual, alteraba la normalidad de la vida familiar de H. anteponiendo sus intereses y bienestar personal. Por último, hizo un llamado de atención sobre la importancia de la estructura familiar y el mantenimiento de los valores religiosos y de la sociedad.
8. El día 21 de mayo de 2021, Julia apeló esta decisión y el 11 de septiembre de 2021 el juez de segunda instancia resolvió el caso, ordenando devolver la custodia a Julia y a Tatiana, argumentando que: **i)** las prácticas religiosas alegadas por Marcos no pueden ser consideradas violatorias de los derechos, más aún cuando H. fue quien decidió acceder a las mismas; **ii)** la orientación sexual y la religión de Julia no tenían nada que ver con su capacidad de cumplir con un rol y función de madre responsable, razón por la cual estos

elementos debían quedar fuera de la litis; **iii)** no había indicios de que la presencia de la pareja de Julia en la casa planteara riesgos para el bienestar de H. y, **iv)** que el Poder Judicial no debería basarse en suposiciones o temores sustentados en prejuicios.

9. Marcos decidió apelar esta decisión ante la Corte Suprema de Justicia el 29 de septiembre de 2021. El 5 de mayo de 2022, la Corte Suprema falló la custodia de H. a favor de Marcos, señalando que no se verificaba la existencia de elementos discriminatorios y que, por el contrario, la decisión de segunda instancia había omitido analizar el desarrollo psicológico y socioeconómico de la niña y la prioridad absoluta de los derechos de los NNA. Añadió que la madre había violado el derecho a la libertad religiosa de su hija por haberla obligado a participar en los cultos y prácticas de su religión de matriz africana y concluyó que no se debía menospreciar el derecho a la libertad religiosa de los menores, ni su capacidad de decidir su creencia y culto.

3.3. Trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

10. El 11 de septiembre de 2022, Julia y Tatiana presentaron una petición ante la CIDH por la violación de los derechos consagrados en los artículos 12, 17, 19 y 24 de la CADH, en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención, junto con los artículos 2, 3 y 4 de la CIRDI. La petición incluyó una solicitud de per saltum, debido al artículo 29.2.i del Reglamento de la CIDH y fue registrada bajo el número P-458-22.
11. El 29 de septiembre de 2022, la CIDH declaró la petición admisible y el 15 de octubre de 2022, de conformidad con el artículo 50 de la CADH, publicó el informe de fondo No.

88/22, concluyendo que el Estado de Mekinés era responsable por la violación de derechos humanos consagrados en los artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24 de la CADH y de los artículos 2, 3 y 4 de la CIRDI, alegados en la petición.

4. ANÁLISIS LEGAL

4.1. Competencia de la Corte IDH

12. La Corte IDH es competente *in ratione temporis* ya que los hechos violatorios de la CADH ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigor de la CADH, es decir en 1984. Es competente *in ratione personae* ya que existe legitimación, por pasiva, de cara al Estado y, activa, de cara a las víctimas H., Julia y Tatiana. En relación con H., se le solicita a la Corte sea reconocida su calidad de víctima en virtud del principio *iura novit curiae*¹.
13. Del mismo modo, es competente *in ratione materiae*, respecto a las violaciones a los artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24, en relación con la obligación de respeto y garantía (artículo 1.1) contenidos en la CADH, sin perjuicio del amplio margen interpretativo de la CADH a la luz de la CIRDI, la CERD y demás fuentes de Derecho Internacional.
14. Finalmente, es competente *in ratione loci*, debido a que las violaciones se dieron en jurisdicción del Estado de Mekinés.

¹ Este principio ha sido aplicado por la Corte desde el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras de 1988 en su párr. 162, hasta jurisprudencia reciente en el caso Lagos del Campo vs. Perú de 2017.

4.2. Alegatos de Fondo

15. Esta representación estima necesario que la Corte IDH analice las circunstancias de cada una de las víctimas del presente caso, debido a que las violaciones sufridas se desencadenan de la discriminación estructural² que se vive en Mekinés por motivos de raza, religión y orientación sexual y fueron diferentes para (i) H. -como menor de edad-, (ii) Julia -como madre de H.- y, también, (iii) Tatiana -como pareja sentimental de Julia-.

A) El Estado de Mékines es internacionalmente responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 12, 17, 19 y 8.1 , en relación con el 1.1 de la CADH respecto de la niña H.M.H.

16. El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por las decisiones judiciales de primera instancia y de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, las cuales fueron violatorias de los derechos de H. a la libertad de conciencia y religión (artículo 12) y a permanecer al lado de su madre en virtud de la protección del interés superior del menor en caso de disolución marital (artículo 17.4), en relación con la obligación del Estado de respeto y garantía libre de toda forma de discriminación **por motivos de raza, religión y por la orientación sexual de la madre**. Esta representación se referirá a estas violaciones mencionadas a la luz de los derechos del niño (artículo 19) y a las garantías judiciales (artículo 8.1), consagrados en la CADH.

² Hechos del caso, párrs. 11-20.

a) El Estado de Mekinés es responsable por las violaciones a los derechos de H. consagrados en los artículos 12, 19 y 8.1 de la CADH, en relación con su obligación de respeto y garantía libre de toda forma de discriminación racial y religiosa (artículo 1.1).

17. Mekinés discriminó a H. al restringir sus derechos a la libertad de religión, a gozar de las medidas de protección especial de los NNA (artículo 19) y a contar con las garantías judiciales (artículo 8.1) en el proceso de transferencia de custodia.
18. La obligación general de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la CADH señala que los Estados parte de la Convención se obligan a respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella “*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*”. La discriminación en el SIDH es definida como:

“[C]ualquier distinción, exclusión, **restricción** o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el **objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales** consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico”³ (negrillas fuera del texto).

³ CIRDI. Art. 1.1

19. En el SUDH, la discriminación es entendida como:

“[T]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”⁴.

20. Además de los instrumentos jurídicos expuestos, existen otras fuentes jurídicas internacionales que conforman el *Corpus Iuris Internacional*⁵ en materia de discriminación por motivos de raza y religión, el cual será desarrollado a detalle en el acápite de violaciones a los derechos de Julia y Tatiana.

i. Derecho a la Libertad de Religión de H.

21. Antes de analizar la violación al derecho a la libertad de religión en relación con la **discriminación por motivos de raza y religión sufrida por H.**, se estima pertinente dejar sentado, para consideración de la Honorable Corte IDH, el *Corpus Iuris Internacional* del derecho que tienen todas las personas a la libertad de religión, sus restricciones y las obligaciones positivas a cargo de los Estados.

⁴ CERD. Art. 1.1

⁵ “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, 1999, párr 115.

22. La libertad de conciencia y religión se encuentra consagrada en la CADH⁶. Del mismo modo, se consagra en: i) la DUDH⁷; ii) el PIDCP⁸; iii) la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981; iv) la DPAD y, v) el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹.
23. En relación con el contenido y alcance del mencionado derecho, la Corte IDH ha señalado que este “[...] *permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencia[s]*”¹⁰. A su vez, la Corte ha determinado, frente a las restricciones contempladas en el artículo 12, que: “[H]ay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de **conservar** o cambiar de creencias, sino que **protege explícitamente, contra toda restricción o interferenci[a]**”¹¹ (negrilla fuera del texto).
24. La CEDH ha dictaminado que existen obligaciones positivas a cargo del Estado para proteger la pluralidad religiosa, a la luz del artículo 9 de la Convención Europea. En el Caso *Hasan and Chaush*¹², este Tribunal determinó que era necesario proteger la vida organizativa de la comunidad que profesaba una religión a través del art. 9 de la Convención, puesto que si no fuera así, los demás derechos estarían desprotegidos. De la misma manera, en el Caso *Father Basil*¹³, se condenó la omisión de las autoridades georgianas de asegurar la tolerancia hacia los solicitantes -un grupo de Testigos de Jehová-

⁶ CADH. Art. 12.

⁷ DUDH. Art. 18.

⁸ PIDCP. Art. 18.

⁹ CEDH. Art. 9.

¹⁰ Corte IDH. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile. Sentencia de 05 de febrero de 2001, párr. 79.

¹¹ Supra nota 10, Voto razonado del juez de Roux Rengifo, pág. 57

¹² CEDH. *Hasan y Chaush Vs. Bulgaria*, 2000, párr.62.

¹³ CEDH. 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros 4 Vs. Georgia.

, tras un ataque violento e indignante contra ellos proveniente del Padre Basilio, un sacerdote ortodoxo que había sido expulsado de su iglesia. El Tribunal afirmó también en el Caso *Otto-Preminger Institut*¹⁴, que asegurar el disfrute pacífico de los derechos garantizados en el artículo 9 es una obligación positiva del Estado.

25. Por su parte, el SUDH ha determinado que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión “(...) *abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas*”¹⁵.
26. Ahora bien, en el caso de H., las decisiones del juez de primer grado y de la Corte Suprema de otorgar la custodia de la menor a Marcos fueron discriminatorias, ya que tuvieron como objeto y resultado la restricción del derecho a la libertad religiosa de H. de profesar y practicar la religión Candomblé, en la medida en que: i) **el Estado de Mekinés asumió, sin fundamento psicológico/psiquiátrico alguno, que H. carecía de capacidad para el goce efectivo de su religión**, y, debido a que ii) **el Estado de Mekinés ordenó el retiro inmediato de H. de su entorno cultural materno con el fin de impedirle el derecho a conservar su religión.**
27. El juez de primera instancia, en su decisión de traspaso de la custodia a Marcos, señaló que los argumentos del padre -respecto a que H. estaba siendo obligada a permanecer en la comunidad religiosa en contra de su voluntad- habían sido “*más favorables a favor del interés superior del niño*”¹⁶, a pesar de que H. había consentido el practicar el rito

¹⁴ CEDH. Instituto Otto-preminger Vs. Austria, 1994.

¹⁵ CCPR/C/21/27, párr. 1.

¹⁶ Hechos del caso, párr. 33.

Candomblé. Por otro lado, afirmó la Corte Suprema de Justicia que “*la madre había violado el derecho a la libertad religiosa de su hija por haberla obligado a participar en los cultos y prácticas de su religión de matriz africana*”¹⁷.

28. Así pues, en la medida en que una autoridad judicial considere que los NNA son “obligados” por sus padres para ingresar a una religión, imparte que estos no cuentan con capacidad alguna en el goce del derecho a la libertad de religión y que, por lo tanto, cualquier expresión libre de manifestación religiosa es el resultado de una obligación externa impuesta por sus padres.
29. En relación con lo anterior, esta representación recuerda que la capacidad jurídica en este tipo de decisiones no puede ser asumida únicamente por la edad biológica de los NNA, sino establecida en el caso en concreto bajo un estudio psicológico/psiquiátrico de su capacidad. En este sentido, resulta imprescindible exponer a detalle el régimen de capacidad de los NNA de acuerdo con el *Corpus Iuris Internacional* en materia de protección infantil y de los adolescentes.
30. Según la Corte IDH, niño es todo menor de 18 años¹⁸ y la prevalencia de su interés superior “*debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia*”¹⁹. En relación con la capacidad, se ha distinguido entre la capacidad vinculada con la responsabilidad civil y penal, de aquella en la que no existen estos vínculos. La primera se refiere a la capacidad de actuar²⁰; y la segunda, a la capacidad

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 42.

¹⁹ Corte IDH., Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

²⁰ Supra nota 18, párr. 41.

de goce. Respecto de la segunda -que está en discusión en el caso de H.-, la Corte ha determinado que la capacidad no está atada a la edad biológica, por lo que habrá que analizar la capacidad de los NNA frente a la habilidad de estos de expresarse de forma razonable e independiente²¹.

31. Del mismo modo, la Corte IDH ha explicado que:

“[E]l hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión”²².

32. Ahora bien, partiendo de la base de que los niños sí tienen capacidad de goce, es menester recordar que dicha capacidad debe ser evaluada al momento en que los NNA dan su opinión. Sobre esto, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que “[l]a capacidad del niño, debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opinione[s]”²³.

33. De acuerdo con lo anterior, la representación determina que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad de religión de H., debido a que asumió, sin fundamento psicológico/psiquiátrico alguno, que su declaración de querer hacer parte del

²¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 198.

²² Supra nota 18, párr. 53.

²³ CRC/C/GC/12, párr. 28.

rito del Recogimiento, no había sido voluntaria ni libre debido a su ausencia de capacidad, sino el resultado de una obligación impuesta por su madre.

- 34.** Resulta evidente que en este caso, la violación al derecho a la libertad religiosa de H. constituyó también una vulneración de los artículos 8.1 y 19 de la CADH, ya que el no haber sido tomada en cuenta en la decisión judicial por motivo a una falsa ausencia de capacidad en la decisión de ingresar al Candomblé, constituyó una falta a las garantías judiciales de la menor. En lo que respecta al derecho a las garantías judiciales de los menores de edad, la Corte IDH ha dicho 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 la CADH], de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño [...]”²⁴.

- 35.** Lo anterior, pese a que el sistema legal de Mekínés al seguir la CDN, determina que una persona menor de edad que tenga un grado de madurez suficiente puede realizar personalmente los actos permitidos por la ley. Tiene derecho a ser oído en cualquier proceso judicial que le concierna.²⁵

²⁴ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, 2004, párr. 209.

²⁵ Pregunta 43.

36. Ahora bien, se configuró también la responsabilidad internacional de Mekinés por la orden de la Corte Suprema de retiro inmediato de H. de su entorno cultural materno, con el fin de impedirle el derecho a conservar su religión. Con esta decisión se discriminó a H. por su raza y religión, dado que se retiró a la menor del entorno en el que practicaba su religión.
37. El derecho a la libertad de religión en los niños es resultado de la interpretación del artículo 12 de la Convención, en conjunto con su artículo 19. De la misma manera, es importante integrar -bajo el principio del *Corpus Iuris Internacional*- lo dispuesto por la CDN en sus artículos 14.1 y 14.3, en donde no sólo se consagra el derecho de los niños a profesar la religión que ellos quieran, sino que también regula los escenarios en donde la religión profesada por el niño es una minoría. Según la CDN:

“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”²⁶ (negritas fuera del texto).

38. Del mismo modo, la protección al derecho a la religión de los niños se encuentra establecida en la DPAD²⁷ y en el PIDCP²⁸. La Corte IDH, en relación con la aplicación del artículo 30 de la CDN, determinó que, frente a las minorías indígenas, los Estados

²⁶ CDN, art. 30.

²⁷ DPAD, párr. 73.

²⁸ PIDCP, art. 27.

deben “(...) *promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma*”²⁹.

- 39.** El alcance del artículo 30 de la CDN ha sido también interpretado por el mismo Comité de los Derechos del Niño. Según este, “[l]a Convención contiene referencias tanto a los niños de las minorías como a los niños indígenas. Algunas referencias de esta observación general pueden ser pertinentes para los niños de grupos minoritario[s]”³⁰. Ello evidencia que la CDN no limita la protección especial a los niños indígenas, sino a todos los niños que hagan parte de una minoría por razones como la raza y la religión.
- 40.** En el caso *sub judice*, el Estado vulneró los derechos consagrados en los artículos 12 y 19 de la CADH, bajo la interpretación del artículo 30 de la CDN, pues no brindó la medida de protección en favor de H. respecto a la consideración y protección del estado de vulnerabilidad en el que se encontraba, por hacer parte de una minoría racial y religiosa. Si bien es cierto que el precedente jurisprudencial del *Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala* se situó en un escenario de minorías indígenas, debe ser tenido en cuenta por la Corte en el presente caso debido a que la religión Candomblé es practicada por una minoría, encontrándose bajo la protección especial del artículo 30 de la CDN.
- 41.** Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 12 y 19 de la CADH, por haber otorgado la custodia de H. a Marcos, pues la decisión de la Corte Suprema de Justicia implicó el retiro de la menor del entorno cultural en el que practicaba la religión Candomblé. De acuerdo con los hechos de caso, “[e]l Tribunal Supremo entendió que la

²⁹ Corte IDH. Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, 2010, párr. 167.

³⁰ CRC/C/GC/11, párr. 15.

respetable escuela católica presentada por Marcos sí era compatible a los intereses de la niña, mientras que la práctica de iniciación a la religión afromekinés de H. revelaba negligencia y violencia por parte de Julia, por lo que [las condiciones ofrecidas por Julia] eran incompatibles con los intereses de la niña”³¹.

42. Así pues, el otorgamiento de la custodia a Marcos no se fundamentó en el interés superior de H., sino que tuvo por propósito violar su derecho a la libertad de religión toda vez que, ejecutoriada la decisión, H. sería matriculada en una institución educativa con enseñanza de la religión católica (profesada por Marcos), lo que pone de manifiesto una restricción absoluta a cargo del Estado al derecho de conservar la religión Candomblé de H.

ii. Discriminación racial y religiosa contra H: juicio de proporcionalidad en el marco de la igualdad

43. Detallados los dos hechos atribuibles al Estado de Mekinés violatorios del derecho de H. a la libertad de religión en relación con los artículos 19, 8.1 y 1.1 de la CADH, esta representación demostrará que dichas violaciones fueron, a su vez, un acto de discriminación contra la menor por profesar la religión Candomblé. Para efectos del análisis de la violación del principio de no discriminación -contenido en el artículo 1.1-, la Corte IDH ha utilizado un *Test de Proporcionalidad*, “[p]ara medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención American[a]”³². En este caso, la limitación por parte del Estado al derecho a la libertad religiosa de H. -a través de la decisión de la Corte Suprema de Justicia-, fue impuesta por el supuesto motivo del interés superior de la menor en relación con: **i) el derecho que tienen los NNA a la libertad de**

³¹ Pregunta Aclaratoria N°15.

³² Corte IDH. Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador, 2015, párr. 257.

religión, sin imposición de la progenitora; ii) el mejor desarrollo socioeconómico del menor y, iii) el riesgo de violencia de la religión Candomblé.

44. En lo relativo al primer argumento, esta representación señaló que el Estado de Mekinés no comprobó que la decisión de H. de pasar por el ritual de Recogimiento haya sido el resultado de una obligación impuesta por parte de Julia a H. Respecto al segundo argumento, la Corte IDH ha determinado que no se pueden fundamentar exclusivamente las decisiones de cuidado del menor en relación a que uno de los progenitores tenga una mayor capacidad económica. Sobre esto resaltó que “[l]a carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia”³³. Así pues, el argumento de que Marcos puede garantizarle a H. un desarrollo socioeconómico mejor que el ofrecido por Julia es insuficiente, ya que existen herramientas jurídicas para regular esta situación; entre ellas, la cuota de alimentos a cargo del padre. Y, en lo relativo al tercer argumento sobre los riesgos de violencia de la religión Candomblé, dentro del proceso tampoco se encontraron probados impactos sobre la salud de la menor por concepto del ritual del Recogimiento, sumado al hecho de que la menor confesó que no había sentido molestia alguna durante su realización³⁴.
45. Al no haber razones para la restricción del derecho a la libertad de religión de H., las decisiones judiciales de los jueces de primera y última instancia fueron discriminatorias, dado que no lograron demostrar la ausencia de discriminación como prueba requerida cuando existe una categoría sospechosa³⁵. De acuerdo a lo anterior, la decisión de transferencia de custodia no tuvo otro efecto distinto que discriminar a la menor por

³³ Supra nota 18, párr. 76.

³⁴ Pregunta Aclaratoria N°22.

³⁵ Supra nota 21, párr. 72.

pertenecer a la religión Candomblé, producto del grave contexto de discriminación racial y religiosa que atraviesa el Estado de Mekínés.

b) El Estado de Mekínés es responsable por las violaciones en perjuicio de H. a los artículos 8.1, 17.4 y 19, en relación con la obligación de respeto y garantía libre de toda forma de discriminación por la orientación sexual de la madre (artículo 1.1).

46. Las decisiones del juez de primer grado y de la Corte Suprema de Justicia de transferir la custodia de H. a Marcos, discriminaron a H. por la orientación sexual de su madre, en la medida en que restringieron su derecho a permanecer al lado de Julia en virtud de la protección del interés superior del menor en caso de disolución marital (artículo 17.4). Lo anterior debido a que no se aseguró la protección necesaria de H. sobre la base única del interés y conveniencia de ella.

i. Derecho de H a que se le respete su decisión de permanecer al lado de su madre en virtud de la protección del interés superior del menor en caso de disolución marital (art. 17.4)

47. De acuerdo con el numeral 4° del artículo 17 de la CADH:

“Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. **En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base del interés y conveniencia de ellos**” (negrillas fuera del texto).

- 48.** De la aplicación del art. 17.4 en el caso en concreto, se infiere que dentro de los procesos de definición de custodia de los NNA, resulta necesario respetar y garantizar la esfera interna del menor de cara a cuál es su mayor nivel de apego hacia uno de sus progenitores, para así definir quién convivirá la mayor parte del tiempo con el menor, y garantizar su interés y conveniencia. En este sentido, el derecho al menor de ser escuchado y tenido en cuenta dentro del proceso de definición de custodia está íntimamente relacionado con el artículo 19 y 8.1 de la CADH.
- 49.** Ahora bien, teniendo en cuenta que la decisión de los NNA de optar por querer convivir con uno de sus progenitores es una decisión sin consecuencias jurídicas civiles o penales, cabe aplicar, en el caso en concreto, el estándar del grado de capacidad de la menor para llevar a cabo el rito de iniciación al Candomblé.
- 50.** En relación con la trascendencia de las declaraciones de los NNA en los procesos de custodia respecto a los artículos 19 y 8.1 de la CADH, la Corte IDH condenó al Estado, en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* debido a que “(...) *la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente*”³⁶. Dicha afirmación confirma la obligación a cargo del Estado de explicar la forma en que se evalúan las inclinaciones de los NNA de querer convivir la mayor parte posible con uno de sus progenitores.
- 51.** Respecto a la manifestación de H. de disfrutar en mayor medida la convivencia con su madre, el Estado es responsable por las decisiones de los jueces de primera y última

³⁶ Supra nota 21, párr. 208.

instancia, en la medida en que no hicieron mención alguna en sus decisiones del sentir interno de la niña de quedarse con su mamá, aún cuando ella expresó de forma clara que, si bien le gustaba la habitación de Marcos, le encantaba la casa en donde vivía (con su mamá)³⁷. Lo anterior en perjuicio del Art. 43 del Estatuto de la Niñez y Adolescencia y de la jurisprudencia del Estado en donde se define que los niños menores de 12 años tienen derecho a ser escuchados en cuanto al proceso de custodia.

ii. Discriminación por la orientación sexual de la madre: juicio de proporcionalidad en el marco de la igualdad

52. La restricción del derecho de H. a permanecer al lado de su madre en razón a su sentir (art. 17.4), en virtud de la alegada protección del interés superior del menor -bajo el argumento de que H. estaba sufriendo daños psicológicos producto de la orientación sexual de Julia y Tatiana-, no fue proporcional, pues no fueron probados los supuestos daños ocurridos. Al respecto, en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, la Corte IDH afirmó que los daños psicológicos deben ser concretos, adicionando que, en dicho caso, la autoridad estatal no había cumplido “(...) 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”³⁸.

53. De acuerdo con lo anterior, encontrando que no existieron razones para la restricción del derecho de H. a permanecer al lado de Julia -en virtud de la protección del interés superior del menor en caso de disolución marital-, la representación de las víctimas encuentra que las decisiones del juez de primera instancia y de la Corte Suprema de Justicia no lograron justificar que estas no fueron discriminatorias, en razón a la obligación que tienen los

³⁷ Supra nota 34.

³⁸ Supra nota 21, párr. 198.

Estados de demostrar la ausencia de discriminación cuando en el caso de estudio exista una categoría sospechosa -en este caso, la orientación sexual-. Así, la decisión de transferencia de custodia no tuvo otro efecto distinto que discriminar a la menor a razón de la orientación sexual de su madre, producto del grave contexto de discriminación que atraviesa el Estado de Mekínés.

C) El Estado de Mékines es internacionalmente responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 12, 17 y 24 en relación con su obligación de respeto a los derechos (artículo 1.1) y el deber general de adoptar disposiciones en derecho interno (artículo 2), todos ellos contenidos en la CADH, con respecto a Julia y Tatiana

54. En este acápite, la representación de las víctimas demostrará la responsabilidad internacional del Estado de Mekínés por la violación a los derechos mencionados, por cuanto, tras una decisión clara y ampliamente discriminatoria por motivos de su orientación sexual, raza y religión, la custodia de la menor H. les fue arrebatada a las víctimas Julia y Tatiana, imposibilitando, además, la posibilidad de seguir educando a H. bajo los preceptos y creencias de su madre.
55. Si bien es menester determinar de qué manera y en qué medida fueron vulnerados los derechos anteriormente enunciados, es imperioso destacar tanto las diferencias como las similitudes de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, pues es vital entender tanto su interrelación como su autonomía.
56. Los preceptos contenidos en los artículos 1.1 y 24 de la CADH encarnan el principio de la igualdad y la no discriminación, el cual *“posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el*

interno”³⁹, perteneciendo “*al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional*”, tratándose, además, de “*una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados [...] que no admite disposición en contrario*”⁴⁰. Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte IDH:

“El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”⁴¹.

57. Ahora bien, respecto de las distinciones principales entre los artículos enunciados, la Corte IDH ha dicho que “*la obligación general del artículo 1.1. se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley*”⁴². Es decir, cuando un Estado **discrimina irrespetando y/o no garantizando un derecho convencional**, atenta directamente con la obligación general del primer artículo de la CADH, pero si la **discriminación tiene origen legal** viola el artículo 24, extendiendo la prohibición de discriminación del artículo 1.1 al derecho interno de los Estados Parte⁴³. Aunado a esto, mientras que el artículo 1.1 contiene una cláusula subordinada -en la

³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

⁴⁰ Ibidem, párr. 101.

⁴¹ Ibidem, párr. 83.

⁴² Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, 2014, párr. 214.

⁴³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 17/02, párr. 44.

medida en la que se mira respecto de los derechos y libertades contenidos en la CADH-, el artículo 24 constituye una cláusula autónoma que “*prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación*”⁴⁴.

58. Con todo lo anterior, para demostrar la responsabilidad del Estado de Mekinés, esta representación expondrá: i) la violación de las obligaciones contenidas en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de este mismo instrumento y, ii) la violación del artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

a) El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por la violación del artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la CADH en contra de Julia y Tatiana.

59. El Estado vulneró las garantías judiciales de Julia y Tatiana pues las decisiones de los jueces de primera y última instancia no fueron tomadas de manera imparcial ni permitieron el goce del derecho a las debidas garantías judiciales, sino que, por el contrario, fueron una muestra indiscutible de la subjetividad e irracionalidad encaminada a discriminar a Julia y a Tatiana por su orientación sexual, su raza y su religión.

60. Antes de decantar esta norma en los hechos del caso bajo estudio, es fundamental señalar que, según la Corte IDH, si bien el artículo 8 de la Convención se titula ‘garantías judiciales’, su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto, “*sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales*”⁴⁵, a efectos

⁴⁴ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua, 2005, párr. 186.

⁴⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 27.

de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁴⁶.

61. Este conjunto de requisitos exigibles en el marco de un proceso son⁴⁷: i) el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías⁴⁸; ii) por un juez o tribunal competente e independiente; iii) **imparcial** (pues el juez o tribunal debe ejercer su función de la manera más objetiva), que se puede ver desde la perspectiva subjetiva -“supone que el juez que interviene en una contienda particular se aproxima a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal”⁴⁹- y, también desde la objetiva -mediante la cual se deben ofrecer garantías suficientes de índole objetiva que permitan “desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”⁵⁰-; iv) dentro de un plazo razonable⁵¹ y, v) con las **debidas garantías** como, por ejemplo, el deber de motivar las resoluciones en un proceso entendido como “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁵².

62. Por su parte, el artículo 1.1 convencional consagra, por un lado, la obligación de **respetar** y, por el otro, la de **garantizar** el pleno goce y ejercicio de los derechos. La primera de estas consiste en que, como los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, los Estados deben abstenerse de vulnerar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, pues “*se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar*”

⁴⁶ Ibidem, párr. 27.

⁴⁷ Fundación Konrad Adenauer. (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pág. 268.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, 2011, párr.121.

⁴⁹ Ibidem, párrs. 189 y 234.

⁵⁰ Ibidem, párr. 189.

⁵¹ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, 2008, párr. 155.

⁵² Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, 2011, párr. 118.

*o en las que sólo puede penetrar limitadamente*⁵³. En lo referente a la obligación de garantía, esta implica que los Estados “*sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”⁵⁴, sin que esta obligación se agote con la existencia de un orden normativo que posibilite ese ejercicio de derechos, sino que implica también “*la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia [...] de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”⁵⁵. Así mismo, las medidas que deben tomar los Estados para asegurar ese libre y pleno ejercicio de los derechos deben ir dirigidas a toda la población, asegurándose de la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno⁵⁶, teniendo en cuenta protecciones especiales que se deban realizar -como las preventivas-, dependiendo de las características particulares de cada sujeto de derecho.

63. Es menester señalar, ahora, las tipologías de discriminación presentadas en el caso en concreto.

i. Discriminación en razón a su orientación sexual

64. A la luz de las categorías protegidas o sospechosas que se encuentran en el artículo 1.1 de la CADH, se encuentra la expresión “*cualquier otra condición social*”, donde se incluye la **orientación sexual** como una de ellas, al ser una lista enunciativa mas no taxativa⁵⁷. En el desarrollo de esta última, la Corte IDH ha instado a los Estados, dentro de sus parámetros institucionales, a eliminar “*las barreras que enfrentan las lesbianas,*

⁵³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 21.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 167.

⁵⁵ Ibidem, párr. 167.

⁵⁶ Nash Rojas, Claudio (2004). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción, p. 33.

⁵⁷ Supra nota 21, párr. 85.

*los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada*⁵⁸. Así mismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, relacionando a estos grupos con actos que contra ellos puedan ser discriminatorios, ha dicho que se “[r]echaza toda pretensión de que las creencias religiosas puedan invocarse como ‘justificación’ legítima de la violencia o la discriminación contra las mujeres y las niñas o contra las personas por su orientación sexual o identidad de género”⁵⁹.

65. Consecuencia de esto, al tratarse de una categoría protegida, corresponde al Estado probar que una diferencia de trato generada responde a ciertos criterios establecidos; de lo contrario, estará frente a actuaciones que constituyan discriminación.
66. Respecto del alcance de este tipo de actos, la Corte ha dicho que la discriminación “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”⁶⁰. En esta misma línea, por ejemplo, la Corte también ha dicho que en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”⁶¹.

⁵⁸ AG/Res 2807, 2013, punto resolutivo 1.

⁵⁹ A/HRC/43/48, 2020, párr. 69

⁶⁰ Supra nota 21, párr. 133.

⁶¹ Ibidem, párr. 142.

ii. Discriminación en razón de la raza y religión

67. Estas dos categorías se encuentran incluidas de manera expresa en el artículo 1.1 de la CADH. En lo que concierne a la primera, también está protegida por el artículo 1.1 de la CIRDI. De igual modo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre “Protección de los migrantes”, expresó su preocupación “(...)por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante”⁶². La CEDH ha hecho alusión, en este respecto, a la importancia que presenta un caso cuando se vislumbra un ataque motivado por razones de raza, pues afirma que es necesario “reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad [...] para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial”⁶³.
68. La segunda categoría se encuentra protegida, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. Igualmente, la CEDH ha explicado que en caso de que se deba tomar algún tipo de medida restrictiva que se relacione con la categoría religiosa, debe existir una justificación objetiva y razonable para no vulnerar el derecho a la no discriminación⁶⁴.
69. Sobre el tema puntual de cómo puede afectar esta discriminación racial y religiosa al derecho a la patria potestad que tienen los padres, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de Naciones Unidas dijo que:

⁶² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000, pág. 2.

⁶³ Cfr. CEDH, Caso Angelova y Iliev Vs Bulgaria, 2007, párr.98.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, 2014, párr. 200.

“[e]n algunos países, el Estado interviene en gran medida en las familias en lo que se refiere a la iniciación religiosa, la socialización y la educación de los niños, algunas veces alegando también un supuesto interés del niño. Estas intervenciones estatales tan problemáticas afectan de forma desproporcionada a las familias que pertenecen a minorías religiosas, a nuevos movimientos religiosos o a pequeñas comunidades que suelen estigmatizarse como ‘sectas’”⁶⁵.

70. De este modo, bajo el amparo del artículo 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, si bien en la decisión de los jueces de primera y última instancia se otorgaron, parcialmente, algunas garantías contenidas en el artículo 8.1, no se cumplió con el requisito de imparcialidad, ni con el de las debidas garantías.
71. Respecto a la **falta de imparcialidad**, las dos perspectivas de esta se evidencian en el presente caso pues, como resultado del notorio contexto de discriminación estructural del Estado⁶⁶, las motivaciones de los jueces en las dos instancias evidencian un prejuicio social -tanto personal como colectivo-, careciente de elementos objetivos.
72. En primer lugar, frente a la **discriminación en razón de la orientación sexual**, se encontraron argumentos basados en expresiones tales como que “*haciendo explícita su opción sexual [alteraba] la normalidad de la vida familiar*”⁶⁷, o el hecho de basar su decisión en que los argumentos del padre eran más favorables para el interés superior de

⁶⁵ A/70/286, 2015, párr. 29

⁶⁶ Supra nota 2.

⁶⁷ Hechos del caso, párr. 33.

la niña porque los mencionados, “*en el contexto de una sociedad heterosexual y tradicional, cobran gran importancia*”⁶⁸, denotan la evidente parcialidad con la que se tomaron las dos decisiones.

73. En segundo lugar, en lo que concierne a la **discriminación en razón de la raza y religión**, es imperioso anotar que, en el momento en el que la Corte Suprema de Justicia afirmó que la menor estaba en riesgo por la violencia característica de la religión fomentada por Julia, existió una clara parcialidad fundamentada en la discriminación⁶⁹. Como bien lo refleja el contexto del Estado de Mekinés, la discriminación estructural racial y religiosa permea y atraviesa todas las instituciones mekinesas, lo que se traduce en un trato diferenciado arbitrario, dando como resultado la limitación -y anulación- del goce de los derechos humanos de este grupo poblacional.
74. El hecho de que, por ejemplo, los delitos relacionados con violencia racial sean reportados cada 15 horas -y que estos se clasifiquen como meras ofensas- o el hecho de que solo el 2% de la población de este Estado profese religiones de matriz africana -como el Candomblé y Umbanda- y que la mayoría de las agresiones por intolerancia y discriminación religiosa⁷⁰ sea precisamente en contra de estas religiones, no se puede desligar de las concepciones imparciales de los jueces que atendieron el caso de Julia.
75. Toda esta maquinaria discriminatoria se refleja en las creencias y preconceptos que tuvieron las autoridades judiciales, los cuales hicieron mella a la hora de tomar su decisión. Además, si desde los más altos niveles jerárquicos estos pensamientos y

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Supra nota 31.

⁷⁰ Hechos del caso, párr. 12.

actuaciones discriminatorias se ven presentes, por ejemplo, cuando el juez del Tribunal Supremo Constitucional de Mekínés, a la hora de posesionarse, promovió preceptos religiosos evangélicos, desconociendo otras formas de culto y religión⁷¹, para esta representación es evidente que todo el sistema está atravesado con este mismo tipo de pensamientos.

76. Por otro lado, haciendo alusión al deber de **motivar razonadamente** una decisión dentro de las debidas garantías que tienen todas las personas, esta representación no encuentra razonabilidad alguna en tomar una medida de tal trascendencia -como lo es quitarle la custodia a de su hijo a una madre-, basándose en elementos que constituyen discriminación por la orientación sexual, por la raza y/o por la religión.
77. A la hora de tomar una decisión que pueda afectar derechos fundamentales, la Corte IDH ha resaltado que esta debe estar debida y razonadamente justificada⁷², elementos que no estuvieron presentes en este caso. Una presunta motivación válida que es contraria a derecho, como lo es motivar la decisión de la pérdida de custodia parental de Julia por motivos meramente discriminatorios, no supera los criterios expuestos.
78. Así las cosas, esta representación solicita a la Honorable Corte Interamericana que declare responsable internacionalmente al Estado de Mekínés por la violación del artículo 8.1, en relación el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la CADH, en razón de las decisiones judiciales que dieron como resultado la pérdida de la custodia de H. a Julia.

⁷¹ Hechos del caso, párr. 19.

⁷² Supra nota 64, párr. 200.

b) El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por la violación del artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber general de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH en contra de Julia y Tatiana.

- 79.** El Estado de Mekinés es responsable internacionalmente por violar los derechos bajo este acápite citados, en razón de que la aplicación del Código Civil de Mekinés⁷³ por parte de los jueces de primera y última instancia, en lo que se refiere a la pérdida de custodia parental, fue evidentemente discriminatoria -en razón a la orientación sexual, raza y religión de las víctimas- y no tuvo como sustento alguno criterios tales como la legitimidad, proporcionalidad e idoneidad, derivando así en una decisión que despojó a Julia de la custodia de su hija. Esto repercutió, además, en la pareja sentimental de Julia, Tatiana.
- 80.** En esta instancia, es prudente precisar que el artículo 24 de la CADH contiene dos nociones de igualdad: i) igualdad ante la ley, que corresponde a la noción de igualdad formal, entendida esta como la aplicación de la ley de forma similar a todos los individuos, con independencia de sus características⁷⁴ e, ii) igual protección de la ley sin discriminación, asociada a la *“preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo”*⁷⁵, entre ellos, personas que históricamente han sido excluidas o restringidas para el goce de sus derechos.

⁷³ Pregunta Aclaratoria N.º7.

⁷⁴ Eide, A. y Torkel O. “Equality and non discrimination”, en *Publication*, n° 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990, pp. 7-8.

⁷⁵ Fundación Konrad Adenauer. (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pág. 713.

81. Ahora bien, teniendo en cuenta que la igualdad está estrechamente relacionada con la no discriminación, la Corte IDH ha asegurado que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, “*que carece de justificación objetiva y razonable*”⁷⁶. Es indispensable que **dicha decisión sea arbitraria**, pues hay casos en los que se ha admitido, legítimamente, la aplicación de tratos diferentes o casos en donde se está frente a desigualdades de hecho y existen, a su vez, desigualdades de tratamiento jurídico, sin que se esté aplicando un criterio discriminatorio⁷⁷.
82. Por esta razón, el SIDH ha integrado criterios de la CEDH, creando un *Test de Proporcionalidad* concebido como un mecanismo utilizado de manera escalonada para establecer cuándo una distinción fue o no discriminatoria. Así pues, los tres pasos a seguir son: i) **determinar si hay un fin perseguido por la medida distintiva realizada**; ii) **verificar si el fin es legítimo** y, iii) **analizar la relación de proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido**⁷⁸. Esto, pues la Corte IDH “(...) *ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*”⁷⁹.
83. En relación con la legitimidad del fin perseguido, la Corte IDH ha insistido en que “*los fines no pueden ser arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana*”⁸⁰, mientras que cuando se ha referido al requisito de la proporcionalidad, ha dicho que hacer el análisis

⁷⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, 1984, párr. 56.

⁷⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 66.

⁷⁸ Cfr. Supra nota 21, párr. 85.

⁷⁹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 2005, párr. 316.

⁸⁰ Supra nota 76, párr. 57.

de esta “(...) *implica determinar los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y sopesarlos con la importancia del objetivo perseguido*”⁸¹.

84. Al respecto, Christian Courtis ha afirmado que esta distinción discriminatoria no hace referencia a cualquier tipo de discriminación legal, sino sólo a aquella que se basa en “*la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social*”⁸². Esta opinión aterriza el concepto de las llamadas “categorías sospechosas de distinción”, contenidas en el artículo 1.1 de la CADH, las cuales se deben tener en cuenta a la hora de interpretar otros artículos de la Convención; el 24, entre ellos.

85. Como el artículo 1.1 de la CADH menciona varias categorías sospechosas a modo de enunciación, es claro que se puede incluir dentro de él criterios adicionales como la **orientación sexual**. Tan es así que la Corte IDH, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, especificó que, además de la proscripción de alguna norma, acto o práctica discriminatoria dentro de la CADH basada en este criterio, “*ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*”⁸³.

⁸¹ Fundación Konrad Adenauer. (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pág. 722.

⁸² Courtis, Christian. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pág. 113.

⁸³ *Supra* nota 21, párr. 90.

86. Estas categorías sospechosas, leídas a la luz del artículo 24, motivan la aplicación de un *Test de Proporcionalidad* más estricto, pues tales casos “*comportan una presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no solo debe ser legítimo, sino imperioso*”⁸⁴, invirtiendo, entonces, la carga de la prueba⁸⁵. Aunado a lo anterior, el trato diferenciado, además de responder a una razón imperiosa, debe evitar la reproducción de estereotipos y prejuicios negativos que remarquen la discriminación estructural de grupos históricamente discriminados, como lo han sido las minorías sexuales, raciales y religiosas, población LGTBI, discapacitados, entre otros.
87. Así mismo, no se puede perder de vista la obligación complementaria que trae el artículo segundo de la CADH con respecto al artículo 1 convencional. Teniendo en cuenta que el artículo 2 señala 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*”, cabe destacar que la Corte IDH ha complementado el alcance de estas medidas, estableciendo que estas deben ser adoptadas en dos vertientes: por una parte, implica la “*supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención [y, por la otra] la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*”⁸⁶. En relación a esta última, la Corte IDH ha añadido que las disposiciones legislativas o de

⁸⁴ Fundación Konrad Adenauer. (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pág. 730.

⁸⁵ Supra nota 21, párr. 124.

⁸⁶ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, 2000, párr. 178.

otro carácter “*que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del effet utile), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la CADH sea realmente cumplido*”⁸⁷.

- 88.** Esta representación procede ahora a aplicar el marco conceptual planteado a la violación del derecho contenido en el artículo 24, en relación con la obligación general de los artículos 1.1. y 2 de la Convención. En el momento en el que los jueces de primera y última instancia fallaron a favor del padre de H., aplicaron el Código Civil de Mekinés en contravía del derecho a la igualdad ante la ley de Julia pues, si bien el fin de la norma era legítimo, no existió proporcionalidad entre este y la medida tomada de quitarle la custodia de su hija a Julia por razones meramente discriminatorias.
- 89.** El Código Civil de Mekinés señala que “*la pérdida de custodia parental puede ocurrir por la emancipación del menor, la mayoría de edad, la adopción por otra familia o por decisión judicial, en los casos de abandono, actos contrarios a la moral y las buenas costumbres y entrega irregular de los niños a la adopción*”⁸⁸ con lo cual se tiene la base para la aplicación del *Test de Proporcionalidad* que se realizará a continuación.
- 90.** En primer lugar, en cuanto a la determinación del fin perseguido por la norma, esta representación considera que ciertamente la norma cumple con el fin de proteger el interés superior de los NNA. En segundo lugar, que el Estado de Mekinés procure por la salvaguarda de los menores a la hora de reglamentar la pérdida de la custodia parental por decisión judicial en los casos allí mencionados, prevé una serie de situaciones que

⁸⁷ Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 93.

⁸⁸ Supra nota 73.

pueden afectar los derechos e intereses de los menores, demostrando entonces que la norma cumple con un fin legítimo.

91. Ahora bien, frente al criterio de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido, la representación de las víctimas sostiene que el Estado de Mekínés adoptó una decisión desproporcionada que quebrantó el principio de igualdad y no discriminación.
92. En el presente caso existieron elementos de discriminación en razón de la raza y religión como ya se ha demostrado dentro de este memorial. No obstante, esta representación se centrará en la discriminación en razón de la orientación sexual -sin perjuicio de mencionar elementos de la racial y religiosa-, pues los argumentos de los jueces se centraron, principalmente, en esta situación.
93. En esa medida, aunque la norma del Código Civil de Mekínés tuviera un fin legítimo, la medida tomada en este caso, consistente en quitarle la custodia de su hija a Julia, fue completamente desproporcionada y, en consecuencia, discriminatoria. Las decisiones judiciales adujeron que el hecho de que Julia hiciera explícita su opción sexual alteraba la normalidad de la vida familiar con H., además de haber evidenciado que dicha opción sexual podía afectar el desarrollo posterior de la menor y que el contexto de una sociedad heterosexual y tradicional cobraba gran importancia en el caso⁸⁹. Estos argumentos, en opinión de esta representación, son razonamientos basados en el prejuicio y estigma por parte de los jueces -y de la sociedad en general de Mekínés- para con la orientación sexual de Julia y Tatiana.

⁸⁹ Supra nota 16.

- 94.** El hecho de que el proyecto de vida de Julia continuará tras la separación con Marcos con otra mujer no puede ser de ninguna manera reprochable y esto fue lo que denotaron las decisiones judiciales.
- 95.** Por consiguiente, es inequívoco que la medida tomada buscando un fin legítimo dio como resultado una decisión desproporcionada, por cuanto retirarle la custodia a Julia por motivos meramente discriminatorios no es una medida idónea, ni mucho menos proporcional, para proteger el interés superior de H. Además, el hecho de tomar una decisión basada en presunciones estereotipadas sin fundamento probatorio alguno, moldeando la norma a favor de las pre concepciones tradicionales mekinesas, no solo viola el derecho a la igualdad ante la ley sino también el derecho a las garantías judiciales, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.
- 96.** Por estas razones, esta representación solicita que se declare responsable al Estado de Mekinés por la violación de los derechos amparados bajo el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, pues Mekinés vulneró los derechos mencionados al tomar la decisión de quitarle la custodia a Julia de su hija menor, basados en argumentos amplia y directamente discriminatorios en razón de su orientación sexual, raza y religión.

5. PETITORIO

97. Por todos los argumentos *de facto* y *de jure* esgrimidos, esta representación solicita a la Corte IDH la declaración de responsabilidad internacional al Estado de Mekinés, por incumplir sus obligaciones internacionales de respeto en cuanto a los artículos 8.1, 12, 17 y 19 de la CADH en menoscabo de las señoras Julia, Tatiana y de la menor H.M.H; y, al artículo 24 convencional, específicamente en perjuicio de Julia y Tatiana en relación con los artículos 1.1. y 2 de la CADH.
98. De conformidad con el artículo 63.1 de la CADH, del que se desprende que “*toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*”⁹⁰, esta representación solicita respetuosamente que la Corte IDH dicte las siguientes medidas de reparación:

5.1 Medidas de restitución

99. Que el Estado de Mekinés garantice un proceso de otorgamiento de custodia acorde con los derechos humanos en relación con la menor H.
100. Que el Estado de Mekinés garantice que la menor H., independientemente de con quien se encuentre viviendo, pueda profesar y realizar los rituales de la religión que desee.

⁹⁰ Supra nota 21, párr. 239.

5.2 Medidas de satisfacción

101. Que el Estado de Mekínés realice un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional por los actos discriminatorios en contra de las víctimas y pida disculpas públicas a las víctimas del presente caso.

5.3 Medidas de garantía y no repetición

102. Que el Estado de Mekínés impulse programas de capacitación y formación para todo funcionario o servidor público, que vayan dirigidos a evitar la perpetuación de conductas discriminatorias de género, religión y raza.