Julia Mendoza y otros Vs. Estado de Mekinés

Estado

2) Índice

I. Abreviaturas....3

II. Bibliografía....5

1. Libros y documentos legales....5

2. Casos legales....9

III. Exposición de los Hechos....13

IV. Análisis Legal del Caso....14

1.- Excepciones preliminares....14

2.- Análisis de los asuntos legales relacionados con CADH y otros instrumentos internacionales aplicables....14

A. Consideraciones Previas....15

A.1. Mekinés combate la discriminación estructural....15

A.2. Mekinés rechaza cualquier intento de la representación de las presuntas víctimas de reconocer a Helena como tal....18

B. Fondo....19

1) Mekinés restringió el derecho a la familia por razones objetivas y razonables y no como consecuencia de argumentos discriminatorios....20

1.1. La discriminación racial y religiosa no motivaron la sentencia....20

1.1.1. La restricción de la custodia como medida de protección de las NNA frente a prácticas religiosas....20

a. Fin legítimo e imperioso.....21

b. Medida adecuada y efectivamente conducente 23

b.1. La restricción de la custodia como medida adecuada y efectiva para procurar la integridad de Helena.....24

b.2 La restricción de la custodia como medida adecuada para salvaguardar la libertad religiosa de Helena 26

c. Necesidad 28

d. Proporcionalidad en sentido estricto 29

1.1.2. Discurso hegemónico del poder y su relación con el Candomblé 32

1.2. Los estereotipos de género no motivaron la sentencia 35

1.3. Las razones objetivas de la restricción de la custodia vs los derechos de personas LGBT+ 38

2) La sentencia no materializó una aplicación desigual de la ley 43

3) En Mekinés hay garantía de imparcialidad judicial.....44

V. Petitorio.....46

I. Abreviaturas

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CADBN: Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez.

CCM: Código Civil de Mekinés.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CDESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.

CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

CH: Caso hipotético.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

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

CNDH: Consejo Mekinés de Derechos Humanos.

CoDN: Comité de los Derechos del Niño.

CoCEDAW: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

CoIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

DDHH: Derechos Humanos.

DEIDRC: Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones.

DI: Derecho Internacional.

EN: Estatuto del Niño.

ISN: Interés superior del niño.

LGBT+: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero, y otros grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género, expresión de género, identidad de género u orientación sexual.

NNA: Niñas, Niños y Adolescentes.

OEA: Organización de Estados Americanos.

OG: Observación General.

ONF: Observatorio Nacional de la Familia.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Q&A: Preguntas aclaratorias del caso hipotético

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. Bibliografía

1. Libros y documentos legales

1.1 Tratados y Convenios

OEA

- CADH.**[p.18,22,23,39]**
- CIRDI.**[p.43]**

ONU

- Carta de las Naciones Unidas.**[p.40]**
- CDN.**[p.22,24,26,27,31,33]**
- CEDAW.**[p.25,36]**
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.**[p.13]**
- DEIDRC.**[p.23,25,31]**
- PIDCP.**[p.33]**

Organización Para la Unidad Africana

- CADBN.**[p.22,25]**

1.2 Libros y artículos

- Adame Goddard, Jorge, *Estado laico y libertad religiosa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.**[p.33]**
- Amicus curiæ Rafael Carlos Urquilla Bonilla, en referencia a CoIDH, OC-21/14.**[p.40]**
- Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la CIT, 1949.**[p.40]**

- Carpizo Jorge, *La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional*, 1982.**[p.40]**
- Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño. UNICEF. Centro de Investigaciones Innocenti Research., 2005.**[p.27]**
- Kimberle Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», University of Chicago Legal Forum 1, No.8, 1989.**[p.16]**
- Schwarzenberger, Georg, *A Manuel of International Law*, 5.' ed., Stevens and Sons Limited, Londres, 1967.**[p.40]**

1.3 Opiniones consultivas CoIDH

- OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4.**[p.43]**
- OC-5/85. La Colegiación obligatoria de periodistas. Serie A No. 5.**[p.34]**
- OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Serie A No. 17.**[p.22,24,37]**
- OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18.**[p.15]**
- OC-21/14. Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A No. 21.**[p.24,40]**
- OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Serie A No. 24.**[p.21,29,36]**

1.4 Organismos Internacionales

- ACNUR, El trabajo con minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y pueblos indígenas durante el desplazamiento forzado, 2011.**[p.33]**
- ACNUR México. Boletín. Grupos minoritarios y pueblos indigenas. s.f.**[p.33]**
- CDESC. OG No. 21, E/C.12/GC/21/Rev.1, 2010.**[p.30]**
- CERD, Comunicación No. 26/2002.**[p.31]**
- CERD. Recomendación general No.34. CERD/C/GC/34. 2011.**[p.23]**
- OEA, AG/RES. 2891 (XLVI-O/16).**[p.15,16]**
- CIDH, Comunicado 193, 2022.**[p.30]**
- CIDH, Relatoría sobre Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62/11, 2011.**[p.15]**
- CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 2013.**[p.41]**
- CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 2015.**[p.36]**
- CIDH. Relatoría sobre Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147/17, 2017.**[p.15]**
- CIDH, OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17, 2017.**[p.26,29,30]**
- CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc.233, 2019.**[p.36]**
- CIDH. Relatoría sobre Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 109/21, 2021.**[p.17,30]**
- CoCEDAW y CoDN. Recomendación general 31 y 18, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 2014.**[p.37]**
- CoDN, OG No. 5. CRC/GC/2003/5, 2003.**[p.37]**
- CoDN. OG No. 7. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006.**[p.36]**
- CoDN. OG No.11. CRC/C/GC/11, 2009.**[p.37]**

- CoDN. OG No. 12. CRC/C/GC/12, 2009.**[p.27]**
- CoDN. OG No. 13. CRC/C/GC/13-11-42390, 2011.**[p.24,25]**
- CoDN. OG No. 14. CRC/C/GC/14, 2013.**[p.25,36,37]**
- CoIDH. Reglamento de la CoIDH. 2009.**[p.18]**
- Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Comunicación No. 276/2003.**[p.30]**
- Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.**[p.39]**
- Comité de Derechos Humanos, OG No. 18. 1989.**[p.15]**
- Informe del presidente del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, A/69/318, 2014.**[p.23]**
- OEA, DDHH, Orientación sexual e Identidad y expresión de Género, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 2014.**[p.40]**
- OEA. Plan de acción del Decenio de las y los Afrodescendientes en las Américas (2016-2025), AG/RES. 2891 (XLVI-O/16), 2016.**[p.15,16]**
- ONU. Informe del presidente del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, A/69/318, 2014.**[p.23]**
- ONU. Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, A/74/160, 2019.**[p.33]**
- ONU. Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su 11o periodo de sesiones. A/HRC/21/60/Add.2.**[p.30]**
- ONU. Niños afrodescendientes. A/HRC/51/54.**[p.23,37]**

- ONU. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. 2002.**[p.15]**
- UNICEF, El Desarollo de Niños y Niñas de 4 a 10 años, 2015.**[p.27]**
- Parlamento Europeo, Informe - A9-0071/2022, 2022.**[p.33]**
- Relator especial. Informe, A/74/160, 2019.**[p.33]**

2. Casos legales

2.1. CoIDH

- Acosta Martínez y otros Vs. Argentina, Sentencia 2020.**[p.28]**
- Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Sentencia 2008.**[p.45,46]**
- Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia 2012.**[p.21]**
- Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia 2012.**[p.19,22,25,36,40,45,46]**
- Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Sentencia 2011.**[p.18,19]**
- Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia 2009.**[p.46]**
- Cayara Vs. Perú. Sentencia 1993.**[p.19]**
- Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia 2011.**[p.45]**
- Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia 2006.**[p.34]**
- Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 2005.**[p.30]**
- Corte Suprema de Justicia Vs. Ecuador. Sentencia 2013.**[p.45]**
- Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica Vs. Colombia. Sentencia 2013.**[p.22]**
- Duque Vs. Colombia. Sentencia 2016.**[p.41,43,46]**

- Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil, Voto del Juez Ferrer Mc Gregor. Sentencia 2020.**[p.15,16,40]**
- Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia 2014.**[p.43]**
- Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia 2016.**[p.43]**
- Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia 2012.**[p.22,24,29]**
- Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia 2015.**[p.15,22]**
- González y otras Vs. México. Sentencia 2009.**[p.15,36]**
- Granier y otros Vs. Venezuela. Sentencia 2015.**[p.34,43]**
- Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia 2004.**[p.34]**
- I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 2016.**[p.21]**
- J Vs. Peru. Sentencia de 2013.**[p.18,19]**
- Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2008.**[p.34]**
- Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia 2006.**[p.18]**
- Mémoli Vs. Argentina. Sentencia 2013.**[p.34]**
- Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia 2012.**[p.43]**
- Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia 2005.**[p.38,43]**
- Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia 2014.**[p.34,43,46]**
- Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia 2005.**[p.28,45]**
- Pavez Pavez Vs. Chile. Sentencia 2022.**[p.21]**
- Perozo y otros Vs. Venezuela. Sentencia 2009.**[p.34]**
- Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia 2014.**[p.43]**
- Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Sentencia 2009.**[p.45]**

- Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia 2004.**[p.28,34]**
- Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentencia 2016.**[p.15,17,22,40,43]**
- Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia 2009.**[p.46]**
- Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia 2005.**[p.15]**

2.2. TEDH

- Chapin y Charpentier Vs. Francia, Judgment 2016.**[p.39]**
- Hämäläinen Vs. Finland, Judgment 2014**[p.39]**
- Jehovah's Witnesses of Moscow and other Vs. Russia. Judgment 2010.**[p.31]**
- Kurt Vs. Austria. Judgment 2019.**[p.30]**
- Neulinger and Shuruk Vs. Switzerland. Judgment 2010.**[p.24]**
- Oliari and others Vs. Italy. Judgment 2015.**[p.39]**
- Osmanoğlu and Kocabaş Vs. Switzerland. Judgment 2017.**[p.41]**
- S.A.S. Vs. France. Judgment 2014.**[p.41]**
- Schalk and Kopf Vs. Austria, Judgment 2010.**[p.39]**

2.3. Corte Permanente de Justicia Internacional

- Caso finlandés de Carelia, 1923.**[p.40]**

2.4. Arbitrajes internacionales

- Caso Isla de Palmas, Países Bajos Vs. Estados Unidos de América, 1928.**[p.40]**

2.5. Tribunales Nacionales

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033/20.**[p.28]**

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.**[p.45]**
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114/14.**[p.28]**
- SCJN. Primera Sala. Amparo en Revisión 1773/2016.**[p.37]**
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en revisión 621/2014.**[p.25]**
- SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 123/2009.**[p.28,29]**
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019.**[p.33]**
- SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017.**[p.23,24,26]**
- SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 8/2014.**[p.43]**
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014.**[p.27]**

III. Exposición de los Hechos

Antecedentes

Mekinés es un país localizado al sur del continente americano que está conformado por una sociedad multiétnica. Su Constitución promulgada en 1950 y vigente hasta la fecha, reconoce expresamente los DDHH de todas las personas. En específico, el artículo 5 señala que entre los deberes y garantías fundamentales del Estado se encuentra promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación.

En ese sentido, Mekinés fue promotor de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial y la ratificó en 1970, posteriormente se adhirió a la CIRDI en 2019. Así mismo, es parte de la OEA, y ratificó la CADH en 1984 al mismo tiempo que aceptó la jurisdicción de la CoIDH.

Hechos del Caso

Julia Mendoza y Marcos Herrera estuvieron casados y tuvieron una hija llamada Helena Mendoza Herrera. Al divorciarse, Helena quedó bajo la custodia de su madre, quien como practicante de Candomblé, una religión de matriz africana, decidió educar a su hija bajo los mismos preceptos.

A los 8 años de edad y después de hablar con su madre, Helena decidió pasar por el ritual de iniciación en el Candomblé, el cual implica la permanencia en la comunidad religiosa durante 21 días donde la persona es confinada y le son practicadas escarificaciones. Durante este mismo periodo, Julia y Helena comenzaron a vivir con Tatiana Reis, pareja de Julia.

Marcos denunció a Julia y a Tatiana por maltrato ante el Consejo Tutelar de la Niñez de la Región argumentando que su hija había sido víctima de maltrato y privación de su libertad durante dicho rito de iniciación. En atención a estas alegaciones, el Consejo presentó una denuncia por privación

de libertad y lesiones ante la Sala Penal del Tribunal Local, pero no se sometió el asunto al ámbito penal por lo que, la tramitación se llevó dentro de la competencia civil, en la cual el juez de primera instancia decidió que la custodia fuera transferida a Marcos.

Julia apeló esta decisión y la segunda instancia le devolvió la custodia, considerando que ni el CC ni el EN contemplan la orientación sexual como una causa para la pérdida de custodia, también recordó que Helena era quien decidió iniciarse en el Candomblé e hizo alusión a que la orientación sexual o religión de Julia no tienen nada que ver con su capacidad para ser madre. Sin embargo, Marcos apeló tal decisión ante la CSJ, que decidió mantener la custodia a su favor al considerar que ofrecía las mejores condiciones para el adecuado desarrollo de Helena.

Actuaciones ante el SIDH

El 11 de septiembre de 2022 Julia y Tatiana presentaron una petición ante la CIDH; la Comisión admitió la petición el 29 de septiembre de 2022 y publicó el informe de fondo el 15 de octubre de 2022. De acuerdo con la Comisión, el Estado es responsable por violaciones a los artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24 de la CADH y 2, 3 y 4 de la CIRDI.

Cuando se tuvieron por cumplidos los requisitos de la CADH, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la CoIDH.

IV. Análisis Legal del Caso

1.- Excepciones preliminares

El Estado de Mekinés no presentó Excepciones Preliminares.

2.- Análisis de los asuntos legales relacionados con CADH y otros instrumentos internacionales aplicables

A. Consideraciones Previas

A.1. Mekinés combate la discriminación estructural

Mekinés como miembro del SIDH es consciente de que subsisten obstáculos a nivel regional para combatir la discriminación que se relacionan con su construcción estructural y muchas veces interseccional derivada de siglos de dinámicas esclavistas y coloniales.[1]

Al respecto este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que frente a contextos existentes en el Estado que podrían poner el riesgo los DDHH, la obligación de este es tomar acciones y evitar que se materialicen violaciones en los derechos de las personas.[2]

Así, la discriminación racial se encuentra íntimamente relacionada con el racismo religioso y sus efectos pueden verse potencializados cuando las personas se ven atravesadas por pertenecer a otros grupos históricamente vulnerados como las mujeres o la comunidad LBGT+ y a grupos socioeconómicos no dominantes, pues esto impone al Estado tener que desmantelar conjugaciones interseccionales, tal y como ha señalado este Tribunal en su jurisprudencia.[3]

Al respecto, la CIDH ha destacado que existen distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación. La primera refiere a la prohibición de diferencia de trato no justificada; y la segunda a la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.[4] Respecto a

[1] ONU, Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. 2002; OEA, AG/RES. 2891 (XLVI-O/16), p.3.
[2] CoIDH, González y otras Vs. México, párr.279-282; CIDH. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147/17. 2017, párr.393.
[3] CoIDH, Gonzales Lluy Vs. Ecuador, párr.290; Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil, Voto del Juez Ferrer Mc Gregor; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr.338.
[4] CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62/11. 2011. p.89; CoIDH, Yatama Vs. Nicaragua, párr.186; ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, párr.7; CoIDH, OC-18/03, 2003. párr.92.

esta última, la CoIDH ha establecido que tiene dos dimensiones: una formal que establece la igualdad ante la ley y una material, la cual ordena la adopción de medidas positivas de promoción.[5]

Así, en cuanto a personas afrodescendientes se ha recomendado examinar, promulgar y modificar la legislación de los Estados para eliminar cualquier forma de discriminación racial,[6] así como reforzar o crear instituciones que promuevan el respeto de sus DDHH,[7] reforzar el diálogo con las autoridades estatales competentes[8] y tomar en cuenta otros posibles factores de discriminación.[9]

En este sentido, para garantizar el derecho a la igualdad en cuanto a su dimensión formal, Mekinés ha establecido en su Constitución, la obligación de garantizar y promover los DDHH sin prejuicios y no existe disposición alguna que restrinja los derechos de las personas con religiones de matriz africana, las excluya o distinga. En cambio, reconoce la laicidad del Estado y prohíbe expresamente la discriminación religiosa.[10]

Por lo que hace a la dimensión material, el Comité Nacional para la Libertad Religiosa y el programa Discriminación Cero sirven para la formulación de políticas públicas en materia de libertad religiosa;[11] este último también es una línea telefónica adscrita al Ministerio de Justicia que recibe denuncias por violencia racial y religiosa.[12] Resalta también la Política Nacional para

[5] CoIDH, Fábrica de Fuegos Vs. Brasil, párr.199.
[6] CERD. Recomendación general No. 34, 2011, párr.10; OEA. Plan de acción del Decenio de las y los Afrodescendientes en las Américas (2016-2025), AG/RES. 2891 (XLVI-O/16), 2016, p.5 y 6.
[7] *Ibid*., CERD, párr.15; *Ibid*, OEA, p.5.
[8] CERD. Recomendación general No. 34, 2011, párr.13.
[9] Kimberle Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum* 1, No.8, 1989, p.149.
[10] CH, párr.4 y 7.
[11] *Ibid.*, párr.15 y 13.
[12] *Ibid.*, párr.13.

la Promoción de la Libertad Religiosa y el Combate a la Intolerancia en el Poder Judicial, emitida por el Consejo Nacional de Justicia.[13]

Además, existen acciones afirmativas destinadas a reservar cupos para personas afrodescendientes en concursos públicos, contrataciones y universidades,[14] pues el Estado es consciente del problema estructural en Latinoamérica y es que un amplio porcentaje de la población en situación de pobreza tiene ascendencia africana.[15]

Por otro lado, el CNDH es un órgano que promueve y defiende los DDHH en el país para cumplir con las obligaciones internacionalmente pactadas pues emite acciones para solventar situaciones de amenaza o violación a éstos.[16]

En cuanto a la obligación correlativa de no regresividad, la sociedad civil podrá argumentar retrocesos en cuanto a la existencia de instituciones en favor de los DDHH en el Estado. No obstante, esta representación quiere aclarar que la conformación de la administración pública ha sufrido cambios, pero esto no significa dejar de lado las tareas que estas desarrollaban, sino una reestructuración dentro del sector público. Por ejemplo, las funciones del antiguo Comité de seguimiento al plan nacional de DDHH y del Comité Nacional para el combate a la discriminación LGBT+ actualmente son desarrolladas por el CNDH.[17]

También se creó el ONF, el cual fomenta el desarrollo de estudios e investigaciones relacionadas con la familia, para ser un referente en la elaboración de políticas públicas respetuosas.[18]

[13] Q&A No.12.
[14] *Ibid.*, No.40.
[15] CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 109/21. 2021, párr. 49; CoIDH, Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr.44.
[16] Q&A No.41.
[17] *Idem.*; CH, párr.25.
[18] CH, párr.27.

En este sentido, resaltan los esfuerzos de Mekinés por combatir un problema estructural de acuerdo con sus obligaciones y aun cuando no niega la subsistencia del problema en el país, en el fondo de este asunto se abordará por qué no es posible establecer que esto se materializa en alguna afectación a las presuntas víctimas de este caso.

A.2. Mekinés rechaza cualquier intento de la representación de las presuntas víctimas de reconocer a Helena como tal

La representación del Estado advierte la gravedad de la falta de la CIDH de omitir mencionar a Helena como presunta víctima de este caso, debido a que únicamente se señalan a Julia y Tatiana como tales al ser las peticionarias.[19] Asimismo, la CoIDH ha establecido que la CIDH debe identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en el Informe de Fondo y en la demanda[20], sin que puedan añadirse nuevas víctimas en esta última;[21] la única excepción a esta regla es en caso de violaciones masivas a DDHH,[22] supuesto que no aplica a este caso.

Frente a cualquier indicio de las presuntas víctimas de agregar a Helena, argumentando que ha sido mencionada en los hechos del caso y que incluso se agregó como presunta violación el artículo 19 de la CADH, esta representación reitera que, si bien conoce los criterios de la CoIDH relativos a que los formalismos pueden ser flexibles para proteger los DDHH, fin último del SIDH, también se considera que se debe guardar un justo equilibrio entre los mismos y la seguridad jurídica de

[19] CH, párr.39; Q&A No.25.
[20] CoIDH, Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, párr.50; J Vs. Peru, párr.23; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, párr.98; CoIDH, Reglamento, art.35.1; CADH, art.50; CH, párr.39 y 43; Q&A, no.25.
[21] CoIDH, Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, párr.42.
[22] *Ibid.*, párr.43; CoIDH, Reglamento, art.35.2.

los Estados; de forma que se asegure la estabilidad y la fiabilidad en la tutela internacional.[23] En el entendido de que las omisiones de la CIDH afectan a la seguridad jurídica del Estado.[24]

Más allá de esta afectación, la conducta de la CIDH implicó dejar a Helena fuera de las diligencias del SIDH, de forma que consideró a Helena como objeto de protección de derecho y no como sujeta de derechos, dado que nunca se le consultó si quería o no ser considerada como presunta víctima.[25] Sin embargo, el Estado demostrará que, aun considerándola como tal, no fueron violados sus DDHH.

B. Fondo

En el presente caso corresponde a este Honorable Tribunal analizar la presunta responsabilidad de Mekinés por la alegada violación a los artículos 12, 17 y 8.1, en relación con los artículos 24, 1.1 y 2 de la CADH, así como los artículos 2, 3 y 4 de la CIRDI.[26] Adicionalmente, si bien esta representación sostiene que no puede ser responsable respecto de la violación del artículo 19, se analizará a efecto que este H. Tribunal pueda considerarlo.

En este sentido, este conflicto surge de una resolución judicial que a parecer de las presuntas víctimas exhibió la discriminación estructural existente en el Estado en contra de la religión Candomblé debido a su origen afro y a un discurso hegemónico evangélico. A lo cual se sumó de forma interseccional, la discriminación en contra de las personas LGBT+ y las mujeres, lo que también demostraría la aplicación desigual de la ley y la falta de un juez imparcial.

[23] CoIDH, Cayara Vs. Perú, párr.63; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, párr.77; Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, párr.44.
[24] CoIDH, J Vs. Peru, párr.23; Canales Huapaya y otros Vs. Peru, párr. 30; Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, párr. 42; Cayara Vs. Perú; párr.63.
[25] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.67.
[26] CH, párr.41.

Por estas razones, esta Agencia ha expuesto las medidas que el Estado está adoptando de cara a contrarrestar la discriminación racial, y procederá a abordar la pretensión de las presuntas víctimas respecto a que las características identitarias de Julia han sido base para un acto de discriminación consistente en la sentencia emitida.

Finalmente, se abordarán las medidas que ha tomado el Estado para garantizar el acceso a una persona juzgadora imparcial y la igualdad ante la ley, a efecto de comprobar que ni Julia, víctima directa, como Tatiana, en su carácter de víctima indirecta y mucho menos Helena, pueden considerarse afectadas por la resolución emitida.

1) Mekinés restringió el derecho a la familia por razones objetivas y razonables y no como consecuencia de argumentos discriminatorios

1.1. La discriminación racial y religiosa no motivaron la sentencia

Esta representación sostiene que la sentencia emitida sobre la custodia no es discriminatoria, pues se trató de una controversia en materia familiar en la que está involucrada una niña cuya integridad fue vulnerada a causa de una práctica religiosa asociada a su entorno familiar, que no tomó en cuenta su autonomía progresiva.

Así, el apartado contiene un test de escrutinio estricto que demostrará que la decisión no constituyó un acto de discriminación racial y religiosa, como acusa la representación de las presuntas víctimas. Asimismo, se afirmará que el centro de la decisión del Estado era reforzar el valor de la integridad de Helena, su libertad religiosa y su autonomía progresiva.

1.1.1. La restricción de la custodia como medida de protección de las NNA frente a prácticas religiosas

El Estado modificó la custodia de Julia sobre Helena de forma objetiva y razonable pues esta medida atiende a un bien superior, la protección de la integridad de Helena y su libertad religiosa, frente al derecho de protección familiar de Julia, Tatiana y Helena.

No obstante, Mekinés es consciente que en el caso se han involucrado categorías protegidas, por lo que se considera necesario aplicar un test de escrutinio estricto,[27] a fin de demostrar que la medida adoptada se apoya en los artículos 19 y 5 de la CADH por lo que la restricción al artículo 17 está justificada y en consecuencia no se violó en relación con los artículos 1.1, 12 y 19 en perjuicio de Julia, Tatiana y Helena.

Al respecto, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio porque no toda distinción es ofensiva por sí misma de la dignidad humana, sino que únicamente lo es cuando carece de justificación objetiva y razonable al no buscar un fin legítimo y no existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.[28]

Entonces, resulta necesaria la aplicación del escrutinio estricto que implica que el fin que persigue una medida no sólo sea legítimo sino además imperioso y que el medio escogido además de ser adecuado y efectivamente conducente sea necesario al no poder ser reemplazado por un medio menos lesivo. Por último, es indispensable que los beneficios de adoptar la medida sean claramente superiores a las restricciones que impone.[29]

a. Fin legítimo e imperioso

[27] CoIDH, I.V. Vs. Bolivia, párr.240; CoIDH OC-24/17, párr.81.
[28] CoIDH Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, párr.285; I.V. Vs. Bolivia, párr.240; Pavez Pavez Vs. Chile, párr.69.
[29] CoIDH, OC-24/17, párr.81; CoIDH, Pavez Pavez Vs. Chile, párr.69.

El Estado transfirió la custodia a Marcos porque la integridad física de Helena y su libertad religiosa, así como su derecho a tomar sus propias decisiones en materia de libertad religiosa en relación con el ISN constituye un fin legítimo e imperioso que justifica la medida adoptada.

El artículo 19 de la CADH establece como eje rector de cualquier actuación el principio del ISN, señalando que todas las NNA tienen derecho a las medidas de protección específicas por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.[30] Además, este principio es regulador de la normativa que les incumbe debido a sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades,[31] siendo en sí mismo, un fin legítimo e imperioso.[32]

La CADH dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Por su parte, la CDN y la CADBN establecen el derecho de la niñez a ser protegida contra toda forma de violencia, especialmente contra lesiones o malos tratos físicos o mentales.[33]

En cuanto a la libertad de conciencia y de religión, esta implica la libertad de conservar o cambiar las creencias; por su parte, la CDN dicta que los Estados garantizarán a las NNA, siempre que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en los asuntos que les afectan, la cual se tendrá en cuenta en correspondencia con su edad y madurez.[34]

Por lo que, aun cuando Helena dio su consentimiento, las escarificaciones son una manifestación permanente de la religión en cuestión pues constituyen una declaración inamovible en su cuerpo por lo que su decisión de pasar por el ritual de iniciación debió considerar su grado de madurez.

[30] OEA, CADH, art.19; ONU, CDN, art.19.
[31] CoIDH, OC-17/02, párr.56; CoIDH, Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr.268; Fornerón e hija Vs. Argentina, párr.49; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr.330; Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica Vs. Colombia, párr.328.
[32] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.108; Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr.268.
[33] OEA, CADH, art. 5; ONU, CDN, art.19; CoCEDAW y CoDN, Recomendación general no. 31 y no. 18 respectivamente, 2014, párr.32; Organización para la Unidad Africana, CADBN, art.16.
[34] OEA, CADH, art.12.1; ONU, CDN, art.12.1; CoIDH, OC 17/02, párr.99.

Por dichas consideraciones, Helena requiere de las medidas de protección especiales que toda NNA merece y dentro de esta protección se encuentra el velar por su integridad personal analizada desde el ISN así como su derecho de formase un juicio propio respecto de su religión, por lo que el Estado cumplió con la obligación de actuar con debida diligencia[35] para protegerla del daño en su integridad física derivada del ritual de iniciación y su libertad religiosa, justificando así la pérdida de custodia de Julia al ser un fin legítimo e imperioso.

b. Medida adecuada y efectivamente conducente

Retirar la custodia a Julia y otorgarla a Marcos es una medida adecuada y efectivamente conducente que sirve para alcanzar el fin perseguido por el Estado consistente en proteger la integridad de Helena y su libertad religiosa ante la ejecución de prácticas perjudiciales.

El Estado es consciente de que debe proteger el derecho de Julia y Helena a su identidad cultural lo que implica salvaguardar su cultura y expresiones religiosas,[36] y que debe tener en el centro de las decisiones evitar que la raza se torne un factor de discriminación.[37]

No obstante, la educación religiosa que recibe una NNA y la práctica de la misma, no debe perjudicar su salud física ni desarrollo integral, incluso el derecho de los padres a educar a sus hijos dentro de su religión encuentra como límite la protección de los derechos fundamentales de otras personas.[38]

Para desarrollar este elemento del test, la explicación se dividirá a partir de los derechos de Helena que se consideraron afectados: su integridad y su libertad religiosa.

[35] CH, párr.31; Documento complementario, párr.4 y 6.
[36] CERD, Recomendación general No. 34, CERD/C/GC/34, párr.4b; ONU. A/HRC/51/54. párr.72 y 84.
[37] Informe del Presidente del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, A/69/318, párr.62.
[38] ONU, DEIDRC, art.5.5 y 1.3; OEA, CADH, art.12.3.; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, p.36.

b.1. La restricción de la custodia como medida adecuada y efectiva para procurar la integridad de Helena

La CoIDH se ha posicionado al establecer que siempre prevalecerá mantener la unidad familiar, salvo en aquellos casos en los cuales la separación de las NNA de un progenitor sea necesaria en función del ISN.[39] En el mismo sentido el TEDH considera que se debe garantizar su desarrollo en un entorno sano y que un progenitor no puede tener derecho a que se tomen medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo de sus hijos.[40]

Por lo que hace a las acciones que debe tomar el Estado, el artículo 19.1 de la CDN señala que deben adoptarse las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a las NNA contra toda forma de violencia, incluso si estas se encuentran bajo la custodia de su madre o padre.

Al respecto, en ciertos casos las autoridades competentes pueden determinar que la separación es necesaria por el ISN, cuando la NNA sea objeto de maltrato por parte de sus padres;[41] y que los Estados deben actuar con debida diligencia para protegerlas de la violencia e investigar y castigar a los culpables.[42]

En ese sentido, las decisiones judiciales respecto a la custodia deben considerar la conducta parental, lo cual es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta en el bienestar y desarrollo de las NNA.[43] Esta decisión

[39] CoIDH, OC 21/14, párr.274; ONU, CDN, art.9.
[40] TEDH, Neulinger and Shuruk Vs. Switzerland, párr.136; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, p.29.
[41] ONU, CDN, art.9; CoIDH, OC-17/02, párr.87.
[42] CoDN, OG No. 13, 2011, párr.5; CoIDH, Fornerón e hija Vs. Argentina, párr.59.
[43] CoIDH, Fornerón e hija Vs. Argentina, párr. 50.

debe basarse en la existencia de un daño concreto, específico y real en su desarrollo que guarde un nexo de causalidad y conexidad con la conducta de los padres.[44]

Así, la violencia en su contra es una conducta que acarrea un impacto negativo en las NNA, la cual incluye "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, trato negligente o malos tratos"[45] pues pone en grave peligro su desarrollo físico, mental, espiritual y social y tiene repercusiones a corto y largo plazo.[46] Dentro de estas conductas podemos encontrar los ritos iniciáticos violentos que están tipificados como prácticas perjudiciales.[47]

En este orden de ideas, la SCJN de México establece que no es necesario que la conducta que causa la pérdida de la custodia sea permanente o sistemática, basta con que ocurra una vez para reconocer la existencia de un riesgo innecesario a las NNA.[48]

Por otra parte, la CADBN también dispone que toda costumbre, tradición, práctica cultural o religiosa que sea incompatible con los derechos, deberes y obligaciones contenidos en ella debe ser desalentada,[49] pues no se debe perjudicar la salud física o mental ni el desarrollo integral de NNA.[50]

El Estado tuvo en cuenta que las escarificaciones constituyen una práctica cultural y religiosa, en este caso utilizadas para la iniciación de Helena en el Candomblé; pero Mekinés tiene también obligaciones con la protección especial de la niñez y con la integridad física de Helena.

[44] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.125.
[45] CoDN. OG No. 13, 2011, párr.19; CoDN, OG No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, párr.5 y 73.
[46] *Ibíd*., párr.15.
[47] *Ibíd.*, párr.4.
[48] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en revisión 621/2014, 2014, p.44.
[49] Organización para la Unidad Africana, CADBN, art.1; ONU, CEDAW, art.5a.
[50] ONU, DEIDRC, art.5.5.

Por ello, aunque la representación de las presuntas víctimas manifieste que es importante mantener el vínculo familiar, es necesario tomar en consideración que en NNA el rito de iniciación puede ser particularmente dañino pues se les confina durante veintiún días y las escarificaciones causan un daño físico permanente consistente en la creación de cicatrices con una espina de pescado sobre las cuales se arroja sangre de un animal,[51] lo que podría configurar un rito iniciático violento.

Mekinés, a través de un procedimiento judicial, tomó la decisión de transferir la custodia siendo ésta la medida que sirve para proteger la integridad de Helena frente a las lesiones avaladas por Julia.

b.2 La restricción de la custodia como medida adecuada para salvaguardar la libertad religiosa de Helena

Ahora bien, se podría alegar que Helena dio su consentimiento, sin embargo, Mekinés se atiene a lo establecido por el CoDN pues en un juicio, se debe realizar un análisis al caso particular sobre la capacidad de NNA de formarse un juicio propio, razonable e independiente sobre el asunto y el encargado de adoptar las decisiones debe tener en cuenta sus opiniones en la resolución del caso.[52]

Las NNA son sujetos de derechos y deben ser participes activas en la toma de las decisiones que les conciernen[53] de manera progresiva en la medida en que desarrollan una mayor autonomía, y disminuye el derecho de la mamá y el papá a tomar decisiones por ellas.[54] Recordando que la

[51] Q&A No. 8.
[52] CoDN, OG No.12, 2009, párr.21, 29, 44, 52; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17, 2017, párr.308.
[53] ONU, CDN, art.5 y 12.
[54] CoDN, OG No.12, 2009, párr.84; Asamblea General ONU, Consejo de DDHH, "Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. Asma Jahangir", A/HRC/6/5, 2007, párr.33; SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, p.32.

"madurez", hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado.[55]

Esta determinación del nivel de autonomía y la viabilidad de sus decisiones no puede basarse en edades fijas o condiciones prestablecidas y no puede aplicarse a todas las infancias y adolescencias por igual por lo que debe ser analizado en el caso concreto.[56] Incluso la UNICEF ha entendido que las NNA suelen identificarse con los valores de sus padres.[57]

Y es que, aun cuando estas prácticas estén fundadas en una religión, a las NNA se las pueden imponer familiares o miembros de la comunidad, con independencia de que den su consentimiento.[58] Por ello, la CDN dispone que los progenitores tienen el derecho, pero también la responsabilidad y deber de impartirle dirección y orientación a las NNA para que ejerzan sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades.[59]

Partiendo de este entendido, el Estado llevó a cabo una audiencia para escuchar la opinión de Helena sobre su participación en los cultos y rituales del Candomblé, en la cual ella, sin hacer alusión alguna a la religión o a lo espiritual, expresó que le gustaba jugar en el Terreiro.[60] Así, el Estado respeta el derecho a la libertad religiosa de Helena en cuanto a que puede participar libremente dentro de las prácticas religiosas del Candomblé, pero también percibe que Julia no respetó la libertad religiosa de su hija al no considerar la madurez con que ella contaba al momento de adoptar la decisión por lo que para proteger este derecho, Mekinés tuvo que retirarle la custodia.

[55] CoDN, OG No.12, 2009, párr.30.
[56] Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño. UNICEF. Centro de Investigaciones Innocenti Research., 2005. p.31; SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, p.27; CoDN, OG No.12, 2009, párr.29.
[57] UNICEF, El Desarollo de Niños y Niñas de 4 a 10 años, p.21.
[58] CoCEDAW y CoDN. Recomendación general 31 y 18, 2014, párr.16d.
[59] ONU, CDN, art.5; CoDN, OG No.12, párr.84.
60 Q&A No. 14.

Dicho esto, Mekinés tomó una medida que cumple con la finalidad de proteger a Helena pues Julia no consideró que la decisión de pasar por el rito de iniciación debía considerar el desarrollo de la autonomía de su hija, razón por la que éste se configuró en un rito violento que afectó su integridad y libertad religiosa.

c. Necesidad

La decisión tomada por las instancias judiciales fue la única que se pudo tomar al ser la menos restrictiva pues, aun cuando se propuso la vía penal, Mekinés únicamente actuó en la vía civil en donde se decidió retirar la custodia a la madre, quien conservó el derecho de visitas por lo que seguirá siendo parte del desarrollo de Helena.

Así, cabe referir que la CoIDH ha entendido al derecho penal como la *última ratio*, pues es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita[61] por lo que esa opción quedó fuera, sin embargo, era necesario actuar y aun cuando se retiró la custodia, se mantuvieron los derechos de convivencia.[62]

Hay casos en los que puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, sin embargo, aunque la custodia quede a cargo de uno de ellos esto no debe ocasionar la ruptura de los lazos familiares pues no implica que el otro progenitor pierda los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento. El padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos o hijas.[63] En dichos

[61] CoIDH, Ricardo Canese Vs. Paraguay, párr.104; Palamara Iribarne Vs. Chile, párr.79; Acosta Martínez y otros Vs. Argentina, párr.87.

62 Q&A No.33.

[63] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114/14, párr.4.7; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033/20, párr.26 y SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 123/2009, 2009, p.52.

casos subsiste el derecho de convivencia al tratarse de un derecho tanto de los padres como de las NNA.[64]

Así pues, no existía otra medida menos lesiva pues ante la existencia de la práctica perjudicial y violenta en contra de Helena, Mekinés debía intervenir, y lo hizo dejando a salvo el lazo familiar a través del régimen de visitas, de manera que Julia y Helena no pierden sus derechos de convivencia. Además, no se consideró el uso del derecho penal aun cuando existían elementos de daño físico.

d. Proporcionalidad en sentido estricto

Esta Agencia sostiene que los beneficios de retirarle a Julia la custodia de Helena son superiores a la restricción impuesta[65] al artículo 17 de la CADH pues busca proteger el ISN. Adicionalmente, no hubo una restricción al ejercicio del derecho a la religión, pues el Estado no prohibió la práctica del Candomblé, solamente se pronunció sobre las escarificaciones; máxime cuando el padre también tiene derecho y obligación a ser parte de las decisiones que incumben a su hija, y Helena a que se escuche la opinión de ambos progenitores a fin de velar por su ISN.

La CIDH ha señalado que los Estados deben establecer mecanismos para ofrecer una protección adecuada e idónea a las NNA que han sido víctimas de violencia; menciona que, en función de las circunstancias, estas medidas pueden incluso suponer la separación temporal o permanente de su familia por motivos de protección.[66] En el caso de custodias se deben tomar acciones con la debida diligencia y de forma inmediata.[67]

[64] SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 123/2009, 2009, p.52.
[65] CoIDH, OC-24/17, párr.81.
[66] CIDH, OEA/Ser.L/V/II.166. Doc. 206/17, 2017, párr.185.
[67] CoIDH, Fornerón e hija Vs. Argentina, párr.69.

Además, las autoridades no deben basarse únicamente en la percepción del riesgo por parte de la víctima, sino que deben completar una evaluación pues existe el deber de las autoridades de obtener toda la información pertinente, en lugar de confiar en que la víctima dé todos los detalles relevantes;[68] debido a su situación psicológica excepcional a la par se debe indagar sobre otros factores para su adecuado desarrollo.[69]

Por otro lado, respecto del artículo 12, es posible decir que se encuentra relacionado además con el derecho a la identidad cultural, dirigido a proteger los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social[70] siendo que la identidad cultural afrodescendiente está relacionada con la preservación de sus tradiciones y creencias como las religiones Umbanda y Candomblé.[71]

Así, el derecho a la identidad cultural se ha desarrollado como el derecho de grupos étnicos y culturales[72] a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en público como en privado[73] siendo que nadie puede ser discriminado al optar pertenecer o no a una comunidad o grupo cultural determinado, o por el hecho de ejercer o no una actividad cultural.[74]

Ahora bien, se podría alegar que la medida y presunta restricción indebida de la religión pudo basarse en discriminación racial, sin embargo, el CERD ha establecido que para que ésta se configure debe haber una clara desigualdad de trato en el disfrute de determinado derecho en comparación con otras personas que tengan el mismo estatus y en caso de configurarse, el Estado

[68] CIDH, OEA/Ser.L/V/II.166. Doc. 206/17, 2017, párr.169.
[69] TEDH, Kurt Vs. Austria, párr.165.
[70] CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 109/21. 2021, párr.205; Comisión Africana de los DDHH y de los Pueblos, Comunicación No.276/2003, s.p.
[71] CIDH, Comunicado 193, 2022, s.p.; ONU. A/HRC/21/60/Add.2, párr.10-11.
[72] CoIDH, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Voto parcialmente disidente del Juez A. Abreu Burelli, párr.24.
[73] *Ibíd*., párr.27.
[74] CDESC. OG No.21, E/C.12/GC/21/Rev.1, párr.22.

debe tener una justificación suficiente y objetiva, además de que presente una proporcionalidad en los medios aplicados para lograr un objetivo particular.[75]

Por otro lado, resulta indispensable reconocer que Helena tiene un derecho correlativo al de Marcos de participar en su educación y cuidado. Los Estados deben respetar los derechos y deberes de los progenitores de guiar a NNA en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, conforme a la evolución de sus facultades[76] y que no deben ser obligados a ser instruidos en una religión contra los deseos de sus padres.[77]

Al respecto, en el caso Jehovah's Witnesses of Moscow, Rusia argumentó que en los casos de matrimonios donde los progenitores profesan religiones diferentes, ambos cuentan con el derecho de educar a su descendiente bajo sus propias convicciones; por lo que en caso de que el infante se involucre en la religión de uno de los progenitores, sin el consentimiento del otro, se afecta la libertad de conciencia de las NNA y del otro progenitor a participar en su educación.[78]

En este sentido, Mekinés respetó en todo momento la identidad cultural y libertad religiosa de Julia y Helena pues su derecho a profesar su religión de matriz africana jamás fue restringido, durante toda su vida contaron con la libertad de practicarla y asistir a los rituales de la misma.

Además, Julia siempre ejerció el derecho de educar a su hija bajo los preceptos del Candomblé y en consecuencia, Helena durante los primeros ocho años de vida participó en dicha religión[79] sin oposición alguna del Estado, sin embargo, fue necesario intervenir para protegerla ante una afectación a su integridad física y libertad religiosa siendo que esto representa un mayor beneficio

[75] CERD, Comunicación No. 26/2002, párr.4.13.
[76] ONU, CDN, art.14.2.
[77] ONU, DEIDRC, art.5.2.
[78] TEDH, Jehovah's Witnesses of Moscow and other V. Russia, 2010, párr.123.
[79] CH, párr.28.

comparado con la afectación a la relación hija-madre y la pareja de ésta, pues se mantienen las convivencias e incluso el ejercicio del Candomblé, por lo que los perjuicios son considerablemente menores.

Por otro lado, se debe considerar que Helena tiene derecho a que Marcos participe en su crianza y cuidado, por lo que debió ser considerado en la decisión adoptada. En este sentido, la restricción impuesta al derecho a la familia que *de facto* conformaban Julia, Tatiana y Helena resulta menor en comparación con el beneficio que haber otorgado la custodia a Marcos implica para la integridad y libertad religiosa de Helena.

Como se ha visto a lo largo de este apartado sobre la restricción del derecho a la familia, es posible asegurar que, contrario a lo expresado por la representación de las presuntas víctimas, la intervención del Estado fue razonable y objetiva, pues cumplió con las características de tener un fin legítimo e imperioso, ser idónea, necesaria y proporcional; todo ello bajo el entendido de que Mekinés actuó en todo momento con la única intención de proteger la integridad personal y libertad religiosa de Helena, por lo que se descarta una violación al artículo 17 de la CADH en relación con los artículos 1.1, 12 y 19.

1.1.2. Discurso hegemónico del poder y su relación con el Candomblé

Las presuntas víctimas podrán alegar que existe en el Estado discriminación a la minoría practicante del Candomblé, la cual incluso estaría sustentada por un discurso hegemónico reproducido y tolerado por Mekinés, sin embargo, esta Agencia acreditará que ninguna acción, omisión, ni declaración por parte del Estado y sus agentes motivó la sentencia de la que presuntamente son víctimas Julia, Tatiana y Helena.

En este sentido, ha sido determinado que, una minoría étnica o religiosa es todo grupo de personas cuyos miembros comparten características comunes de cultura, religión, o una combinación de estas, que les da un sentido de identidad[80] y que, por lo general, se encuentran frente a la mayoría en el poder que domina los campos político y económico de un país.[81]

En los Estados en que existen minorías étnicas o religiosas, no se les debe negar a las personas pertenecientes a dichos grupos el derecho a tener su propia vida cultural, y a profesar y practicar su religión.[82] En cambio, tienen la obligación de combatir la discriminación que pudiera presentarse en contra de éstas, independientemente de sus tradiciones, creencias o religión, recordando que la protección de sus derechos contribuye en gran medida a la estabilidad social y política y a la reducción de la pobreza.[83]

Respecto a este combate a la discriminación de las minorías que materialicen el derecho, es posible que las presuntas víctimas argumenten que los discursos de agentes estatales, así como la permisión de discursos de privados, empoderan la religión mayoritaria y hegemónica en detrimento de otras. Sin embargo, ambos se encuentran dentro del espectro de su derecho a la libertad de expresión, esencial para las democracias, sin implicar que estén libres de responsabilidad ulterior.

Así, es indispensable recordar que el artículo 12 de la CADH, consagra también el derecho a divulgar su religión y que un Estado laico debe permitir la convivencia pacífica y respetuosa, dentro de la misma organización política de diferentes grupos religiosos.[84]

---

[80] ONU, Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, A/74/160, párr.53; ACNUR, El trabajo con minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y pueblos indígenas durante el desplazamiento forzado, p.5.
81 ACNUR México. Boletín. Grupos minoritarios y pueblos indígenas. s.f.
[82] ONU, PIDCP, art.27; ONU, CDN, art.30.
83 Parlamento Europeo, Informe-A9-0071/2022, s.p.
[84] Adame Goddard, Jorge, *Estado laico y libertad religiosa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p.27.

En este sentido, el aludido discurso del presidente cuando fue candidato debe ser calificado desde el artículo 13.1, 13.2 y 13.5 de la CADH, donde se establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que no puede estar sujeto a previa censura pues es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática[85] y fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos, además de permitir el análisis de las candidaturas con mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.[86] Asimismo, es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, de manera que los electores puedan formar su criterio para votar.[87]

Ahora bien, cuando se esté frente a expresiones como los que menciona el artículo 13.5 de la CADH, se ha señalado que, las restricciones a la libertad de expresión se actualizan mediante la imposición de sanciones ulteriores a los culpables de abusar de esta libertad.[88]

Por otro lado, se encuentran los medios de comunicación privados. Al respecto, el artículo 13.3 de la CADH impone al Estado garantizar la libertad de expresión aún en el ámbito de las relaciones entre particulares,[89] esto incluye la garantía contra la restricción indirecta que pueda generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que a su vez impide el debate público sobre temas de interés para la sociedad.[90]

Así, si bien el presidente de Mekinés durante sus campañas emitió declaraciones relacionadas con su postulación, actuó como candidato a un puesto público, motivo por el cual sus declaraciones adquirieron relevancia de interés público debido a que la sociedad tiene el derecho y la necesidad

[85] CoIDH, Kimel Vs. Argentina, párr.79; Mémoli Vs. Argentina, párr.122.
[86] CoIDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párr.88.
[87] *Ibíd*., párr.90; CoIDH, Claude Reyes y otros Vs. Chile, párr.85.
[88] CoIDH. OC-5/85, párr.59.
[89] CoIDH, OC-5/85, párr.48; Perozo y otros Vs. Venezuela, párr.367; Granier y otros Vs. Venezuela, párr.164.
[90] CoIDH, Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr.133; Norín Catrimán y otros Vs. Chile, párr.376; Granier y otros Vs. Venezuela, párr.164.

de conocer la incidencia de actores políticos sobre el posible funcionamiento del Estado en caso de ser electos. Asimismo, la población debía generar un criterio de manera informada sobre la capacidad e idoneidad del candidato por el que votarían.

A pesar de ello, y detectando que las expresiones usadas por el candidato podían reflejar un mensaje negativo para ciertos grupos de la población, el Defensor del Pueblo de la Corte Suprema inició una investigación independiente y ulterior a las declaraciones.

Mientras que, respecto de los medios de comunicación Mekinés no puede imponer restricciones a su libertad de expresión porque no solo se estaría violando ese derecho, sino también su derecho a la divulgación de su religión pues no hay indicios ni denuncias de que se haya materializado en una vulneración a alguna persona o grupo.

Bajo estas consideraciones, es posible reconocer que las personas con religiones de matriz africana son minorías, no solo porque representan el 2% de la población frente al 81% cristiano,[91] sino también porque actualmente estos últimos se encuentran dentro de los puestos de poder, sin embargo, las presuntas víctimas nunca denunciaron alguna afectación originada por estos discursos o que se materializara en la sentencia de custodia.

Incluso hay que decir que imponer restricciones al derecho de divulgar la religión, en cualquiera de los dos supuestos abordados, generaría un efecto inhibidor del mismo. Así pues, el Estado no es responsable de vulnerar el artículo 12 en relación con el artículo 1.1 de la CADH y el artículo 4.II de la CIRDI.

1.2. Los estereotipos de género no motivaron la sentencia

[91] CH, párr.12.

En este apartado, se comprobará que la sentencia no juzgó de manera diferenciada a Julia por ser mujer, sino que analizó cuál de los progenitores podía brindar el mayor bienestar a Helena por lo que no fue una causa de afectación indebida a su derecho de protección familiar.

Así, tenemos que la discriminación contra la mujer es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus DDHH.[92] Mientras que los estereotipos de género son preconceptos sobre aquello que deberían hacer hombres y mujeres[93] que perpetúan la visión de la mujer como cuidadora, ama de casa y responsable del ámbito doméstico.[94]

En este orden de ideas, la CoIDH ha considerado que exigirle a una madre que condicione o limite sus opciones de vida implica utilizar una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que lleven la responsabilidad principal en la crianza de los hijos y su renuncia a otros aspectos esenciales de su identidad,[95] por lo que es una práctica que los Estados deben detener.[96]

Ahora bien, en cuanto a la determinación de la custodia y las mejores condiciones para las NNA se ha dicho que sus derechos dependen en gran medida del bienestar y los recursos de que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado[97] y que al evaluar y determinar el ISN debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar interpretado en sentido amplio.[98]

[92] ONU, CEDAW, art. 1; CoIDH, OC 24/17, párr.62.
[93] CoIDH. González y otras Vs. México. Sentencia 2009. párr.401; CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 2019. párr.28.
[94] CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 2015, párr.31.
[95] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.140.
[96] CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc.233, 2019, párr.28-30.
[97] CoDN, OG No.7, 2006, párr.20.
[98] CoDN, OG No. 14, 2013, párr.71.

Así, aun cuando las presuntas víctimas argumentaran que resulta discriminatorio considerar la mejor capacidad del padre teniendo en cuenta los recursos económicos con los que cuenta, es posible señalar que resultaría discriminatorio si sólo se considerara este factor[99] y que dada la posibilidad de que la custodia pueda recaer en dos personas, pueden tomarse en consideración otros criterios razonables como son la satisfacción de sus necesidades materiales y educativas, así como su necesidad de afecto y seguridad.[100]

Bajo estas consideraciones, se realizó un análisis objetivo sobre cuál de los progenitores podía otorgar mejores condiciones de vida para Helena, el cual arrojó la mejor idoneidad de Marcos para su cuidado pues además de brindarle seguridad física frente a las escarificaciones, se encuentra en mejores condiciones para satisfacer sus necesidades materiales como tener una habitación independiente dentro de la cual hay espacio suficiente para estudiar y jugar;[101] educativas, pues el padre la inscribió en una escuela de evaluación superior a la actual,[102] recordando que la educación es un gran factor de movilidad social y que el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes ha establecido que garantizar su educación ayuda a superar problemas estructurales.[103]

En este sentido, al tratarse de una custodia, necesariamente debe dirigirse a uno de los progenitores, por lo que, además, se consideró que el padre de la niña también puede satisfacer sus necesidades emocionales y de afecto pues tiene una relación con su hija ya que desde la separación ejerció un régimen de visitas.[104]

---

[99] CoIDH, OC-17/02, párr.76; SCJN, Amparo en Revisión 1773/2016, párr.116.
[100] CoDN, OG No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, párr.5 y 71-74; CoDN, OG No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, párr.12; CoDN, OG No. 11, CRC/C/GC/11, 2009, párr.35; SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 331/2019, párr.28.
[101] CH, párr.33; Q&A No.22.
[102] CH, párr.33.
[103] ONU. A/HRC/51/54, párr.81-83.
[104] CH, párr.28.

De esta forma, la decisión del Estado estuvo basada en condiciones objetivas y en atención al ISN y de cara a eliminar los estereotipos de género se consideró la mejor capacidad del padre para garantizar el bienestar de Helena por lo que se afirma que estos no motivaron la sentencia.

Respecto a cualquier presunción de discriminación dentro de la resolución de los tribunales Mekineños, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de las Niñas Yean y Bosico,[105] actualmente el Consejo Nacional de Justicia inició un proceso de investigación de los avances del proceso, de los jueces y autoridades involucradas por lo que si de ahí derivara alguna afectación esta sería atendida por el Estado.

1.3. Las razones objetivas de la restricción de la custodia vs los derechos de personas LGBT+

En este apartado esta Agencia abordará la presunta discriminación por motivos de género, específicamente en aquello que hace a los derechos de la comunidad LGBT+. Al respecto, es indispensable considerar que no existen lineamientos específicos dentro del SIDH relativos a los derechos de la comunidad LGBT+ y los derechos de custodia de NNA a los cuales los Estados se hayan comprometido conforme a las reglas del DI, por lo que aun cuando Mekinés no niega estos derechos, considera que deben ser analizados y aplicados de forma progresiva buscando su armonía con los derechos de las NNA.

En este orden de ideas, Mekinés ha establecido medidas para avanzar en su garantía y respeto, por ejemplo mediante la creación del ONF, encargado de analizar los diversos tipos de familia para la creación de políticas públicas;[106] la Defensoría del Pueblo, dirigida a proteger los derechos e

[105] CoIDH. Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr.112.
[106] CH, párr.27.

intereses de personas en situación de vulnerabilidad jurídica;[107] el CNDH que promueve y defiende los DDHH;[108] resultando también pertinente mencionar que ni el CCM ni el EN contemplan la orientación sexual como causa de pérdida de custodia.[109]

Sin embargo, es importante señalar que las medidas que toma Mekinés son acordes al progreso mismo de su sociedad y considerando que no hay lineamientos jurídicos específicos a los que esté obligado es posible hablar de cierta flexibilidad en su aplicación.

Así, las obligaciones que pueden ser atribuibles a Mekinés según el DI[110] se encuentran contenidas en la CADH en la cual no se contemplan reglas en cuanto a la custodia de NNA y las parejas del mismo sexo. Además, la competencia de la CoIDH se restringe a lo establecido en el artículo 62.3 de dicho instrumento, en donde se dispone que puede conocer de casos relativos a la interpretación y aplicación de disposiciones de la Convención, siempre que los Estados hayan reconocido esa competencia.[111] Por ello, en lo relacionado a este tema, es posible remitirnos a otras fuentes de Derecho.

En este sentido, el TEDH sostuvo que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que pueden diferir considerablemente de una sociedad a otra por lo que son las autoridades nacionales quienes están en mejores condiciones de responder a las necesidades de la sociedad y no un tribunal internacional.[112]

[107] Q&A No.2.
[108] Q&A No.41.
[109] CH, párr.34.
[110] Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art.1 y 2.
[111] OEA, CADH, art.62.3.
[112] TEDH, Chapin y Charpentier Vs. Francia; Sentencia Hämäläinen Vs. Finland; Sentencia Oliari y otros Vs. Italy; Schalk y Kopf Vs. Austria.

En el mismo sentido en que se posicionaron Austria, Francia, Finlandia e Italia, se encuentran Guatemala, Paraguay, Belice, Jamaica, Honduras, Barbados, Surinam y Panamá, pues consideran que no hay antecedentes suficientes que respalden un reconocimiento global del derecho humano al matrimonio LGBT+, dado que debe ser objeto de procesos jurídicos internos.[113]

Por dichas consideraciones, no se puede ignorar el hecho de que frente a situaciones novedosas, respecto de las cuales no hay consenso a nivel nacional ni internacional, el Estado tiene el deber de privilegiar y proteger el ISN, pues aun cuando Mekinés no se encuentra cerrado al reconocimiento y protección internacional de los derechos LGBT+ en relación con la custodia de NNA, considera que estas obligaciones deben ser prescritas en un instrumento internacional correspondiente aprobado mediante los procedimientos establecidos por la propia CADH, tal como ocurrió con la Convención Belém dó Pará y el Protocolo de San Salvador en sus respectivos temas.

Ello, buscando que sirvan como rector a los Estados y se materialicen en la región, máxime cuando el principio de soberanía impide que se intervenga en temas que no se han consentido[114] pues se relaciona con su derecho a procurar su bienestar y desarrollo libre del dominio de otros Estados.[115] La intervención de un ente ajeno debe basarse en el consentimiento y reconocimiento de obligaciones y éstas deben interpretarse bajo el principio de buena fe del DI.[116]

Siguiendo dichos preceptos, si bien el Estado conoce la jurisprudencia de la CoIDH respecto a interpretación evolutiva,[117] sostenemos que no tiene facultades para imponer obligaciones que han

[113] OEA, "DDHH, Orientación sexual e Identidad y expresión de Género", AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 2014, p.6.
[114] Arbitraje, Caso Isla de Palmas, Países Bajos Vs. Estados Unidos de América, 1928; ONU, Carta de las Naciones Unidas, art.2; Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso finlandés de Carelia, 1923; Carpizo Jorge, *La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional*, 1982, p.203; Schwarzenberger, Georg, *A Manuel of International Law*, 5.' ed., Stevens and Sons Limited, Londres, 1967, p.65.
[115] Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la CIT, 1949, p.286.
[116] Amicus curiæ Rafael Carlos Urquilla Bonilla, en referencia a CoIDH, OC-21/14, párr.13.
[117] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.83 y 85; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr.245; Fábrica de Fuegos Vs. Brasil, párr.158.

derivado de la evolución social y que no cuentan con un sustento en el *hard law*. Mekinés considera que es indispensable atender este desarrollo de los derechos, pero para cristalizarse en una obligación de carácter internacional sujeta a responsabilidad, debe existir la voluntad de los Estados de acuerdo a los procedimientos correspondientes.

En este sentido, las cuestiones relativas a parejas del mismo sexo y el ejercicio de la custodia deben ser tratadas con la flexibilidad con la que cuentan las autoridades familiares pues esta responde al reconocimiento de que las decisiones tomadas en cuanto a la custodia de las NNA deben considerar las particularidades del caso y la identificación de la decisión que mejor convenga a estas.[118] Con ello se cumple la obligación del Estado de que cuando se realice una distinción, esta debe de atender una necesidad social imperiosa.[119]

Esta flexibilidad atiende a que las autoridades familiares deben aplicar la normativa en consideración del caso concreto y con conocimiento de primera mano de las condiciones que *de facto* se viven en cada Estado de forma que pueden evaluar las necesidades y condiciones locales para garantizar el bienestar de las NNA en consideración de su ISN.

A su vez, es importante considerar que en cuestiones de política general las opiniones en una sociedad democrática son diversas, pero por tratarse de una democracia deben tenerse especialmente en cuenta[120] sobre todo considerando que los derechos no son teóricos o ilusorios, sino que deben ser prácticos y efectivos.[121]

Esto únicamente puede ser cabalmente cumplido considerando el contexto de cada Estado y mediante el conocimiento que éste tiene de sus propios recursos, así como de las situaciones y

[118] CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 2013, párr.207.
[119] CoIDH, Duque Vs. Colombia, párr.107.
[120] TEDH, S.A.S. Vs. France, Judgment, p.66.
[121] TEDH, Osmanoğlu and Kocabaş V. Switzerland, párr.93.

obstáculos específicos que enfrenta para poder hacerlos efectivos. En este sentido, aún si las presuntas víctimas pudieran argumentar que en las sentencias del poder judicial de Mekinés hay expresiones contrarias a los derechos LGBT+, esta situación no puede ser considerada una violación de las obligaciones del Estado.

Aunado a esto, debe tomarse en cuenta que Mekinés ha avanzado de buena fe y conforme a su realidad lo ha permitido en el respeto y protección a estos derechos y que, como se ha establecido ampliamente, la decisión de cambiar la custodia de progenitor tuvo suficientes fundamentos objetivos y buscó en todo momento el ambiente más idóneo para Helena.

Por otro lado, cabe mencionar que en el Estado hay una clara división de poderes, misma que permite velar por el avance de los derechos de la comunidad LGBT+ desde distintos ángulos; tales como las instituciones antes señaladas y teniendo como claro ejemplo la sentencia de segunda instancia respecto de la custodia, demostrando que no existe una opinión oficial en contra de estos derechos sino que se adoptó una decisión que responde a la realidad del país y que busca velar por la integridad de Helena, por lo que no es posible establecer que la restricción al artículo 17 sea de gravedad tal que deba colocarse por encima de su derecho al desarrollo e ISN, lo cual desacredita cualquier violación al respecto.

Por los argumentos expuestos a lo largo de este apartado, ha quedado demostrado que el Estado no violó el artículo 17 de la CADH pues la restricción del derecho a la familia respondió a razones objetivas y razonables en las cuales no intervino ningún elemento discriminatorio que viole los derechos consagrados en los artículos, 12, 19 y 1.1 de la CADH, así como 4.ii de la CIRDI.

2) La sentencia no materializó una aplicación desigual de la ley

La aplicación de la ley en la sentencia sobre la custodia de Helena no fue desigual ni estuvo relacionada con motivos discriminatorios pues la decisión fue adoptada conforme a criterios objetivos y razonables como ya se ha demostrado en los apartados anteriores, por lo que el Estado no violó el artículo 24 en relación con el 1.1 y 2 de la CADH ni los artículos 2 y 3 de la CIRDI.

Estos preceptos protegen el derecho a igual protección de la ley,[122] es decir, prohíben la discriminación de derecho en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.[123]

Así, una ley discriminatoria se puede identificar cuando las normas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación como causa motivadora de la distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria e injusta.[124] Mientras que una muestra de discriminación indirecta sería aquella que aun cuando sean o parezcan ser neutrales, tienen un alcance general y no diferenciado, que produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables.[125]

Su aplicación discriminatoria puede derivarse de si las razones invocadas para su aplicación son objetivas o contienen algún elemento discriminatorio.[126]

Respecto a la prohibición de normas internas discriminatorias y la adecuación del derecho interno, ni el CCM ni el EN contemplan la opción sexual como causa de "pérdida de custodia por

[122] CoIDH, OC-4/84, párr.53-54; CoIDH, Espinoza Gonzáles Vs. Perú, párr.217; Flor Freire Vs. Ecuador, párr.112; CIRDI, art.2 y 3.
[123] CoIDH, Granier y otros Vs. Venezuela, párr.214; Duque Vs. Colombia, párr.94; Flor Freire Vs. Ecuador, párr.111; Espinoza Gonzáles Vs. Perú, párr.218; Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr.334; CIRDI, art.2 y 3.
[124] SCJN, Acción de inconstitucionalidad 8/2014, párr.71.
[125] CoIDH, Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr.235; Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr.263; Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr.112.
[126] Declaración escrita rendida por el perito Rodolfo Stavenhagen en CoIDH, Norín Catrimán y otros Vs. Chile, 2014, párr.225.

discapacidad parental". Aún más, la Constitución recoge el principio de igualdad y las religiones, así como las diferentes culturas son reconocidas y hay mecanismos que pretenden la igualdad sustantiva.

Por lo que hace a la aplicación de la ley, como se demostró en apartados anteriores, la decisión no se basó en discriminación, sino en elementos objetivos y razonables.

Así pues, contrario a lo alegado, Mekinés no cuenta con legislación contraria al principio de igualdad y ha adecuado su legislación, además de que se aplicó de manera igual para Julia a como se hubiera aplicado para el resto de la sociedad que hubiera infringido lesiones a una NNA por lo que no se vulneró el derecho contenido en el artículo 24 en relación con los 1.1 y 2 de la CADH ni los 2 y 3 de la CIRDI en perjuicio de las presuntas víctimas.

3) En Mekinés hay garantía de imparcialidad judicial

Julia pudo acceder a la jurisdicción del Estado, la cual, cuenta con garantías de independencia e imparcialidad, tanto del poder judicial como institución, pues no se puede probar la existencia de un sistema cooptado al servicio de ciertos grupos de poder; como de los jueces que conocieron su causa pues no hay razones para establecer que la religión o las opiniones personales de las y los jueces mermen su capacidad de decisión.

En este sentido, la separación de poderes guarda una estrecha relación no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y DDHH de los individuos, evitar la concentración de poder y permite el cumplimiento adecuado y eficiente de las finalidades

asignadas a cada rama del poder público.[127] Así, respecto del poder judicial debe garantizarse independencia e imparcialidad.

Por un lado, la independencia de los jueces debe ser garantizada por el Estado tanto institucionalmente como poder judicial, así como en su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez[128] y busca evitar que se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función.[129]

Las garantías de la independencia judicial son:

I. Un adecuado proceso de nombramiento basado en el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos.[130]
II. La inamovilidad en el cargo y su ejercicio por los períodos previamente establecidos.[131]
III. La garantía contra presiones externas como restricciones, influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas.[132]

En cuanto a la imparcialidad, ésta implica que las y los jueces no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.[133] También exige aproximarse a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que

[127] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10 de 26 de febrero de 2010; CoIDH, Corte Suprema de Justicia Vs. Ecuador, párr.8.
[128] CoIDH. Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, párr.55; Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.186; Reverón Trujillo Vs. Venezuela, párr.67.
[129] CoIDH, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, párr.55; Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.186; Reverón Trujillo Vs. Venezuela, párr.67.
[130] CoIDH, Reverón Trujillo Vs. Venezuela, párr.72.
[131] *Ibíd*., párr.75.
[132] CoIDH, Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, párr.100.
[133] CoIDH, Palamara Iribarne Vs. Chile, párr.146.

permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.[134]

La CoIDH ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad.[135]

En Mekinés no hay un solo elemento que ponga en duda la independencia del poder judicial, incluso resalta que el juez de segunda instancia tuvo una opinión distinta a sus colegas y de ninguna manera fue sancionado.[136] Asimismo, los jueces son nombrados adecuadamente en concurso público bajo criterios objetivos acordes al cargo y por un periodo determinado.[137]

Además, en el proceso judicial sobre la custodia de Helena, es dable hablar de imparcialidad pues el criterio final se basó, como ya se estableció en apartados anteriores, en justificaciones objetivas y razonables a partir de la integridad personal y el ISN de Helena sin que cualquier otro elemento subjetivo fuera más importante por lo que se descarta la violación del artículo 8.1 de la CADH en perjuicio de Julia, Tatiana y Helena.

V. Petitorio

Por los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, el Estado de Mekinés solicita respetuosamente a la Honorable CoIDH ser declarado no responsable internacionalmente por la violación a los derechos establecidos en los artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24 en relación con los 1.1 y

[134] CoIDH, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, párr.56; Barreto Leiva Vs. Venezuela, párr.98; Usón Ramírez Vs. Venezuela, párr.117; Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.189.
[135] CoIDH, Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr.189; Duque Vs. Colombia, párr.163; Norín Catrimán y otros Vs. Chile, párr.208.
[136] CH, párr.34 y 35.
[137] Q&A No. 6.

2 de la CADH y el principio de igualdad y no discriminación. Tampoco lo es respecto a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 de la CIRDI. Asimismo, determinar la improcedencia de las reparaciones y costas en el presente caso, al haberse demostrado la ausencia de responsabilidad internacional del Estado.