JULIA MENDOZA Y OTROS

v.

Estado de MEKINÉS

REPRESENTANTES DEL ESTADO

ABREVIATURAS

Convención Americana sobre Derechos Humanos	**CADH**
Convención Americana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia	**CIRDI**
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	**CIDH**
Convención sobre los Derechos del Niño	**CDH**
Corte Interamericana de Derechos Humanos	**Corte IDH**
Corte Suprema de Justicia	**CSJ**
Derechos Económicos, Sociales y Culturales	**DESC**
Derechos Humanos	**DDHH**
Niños, niñas y adolescentes	**NNA**
Opinión Consultiva	**OC**
Organización Mundial de la Salud	**OMS**
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	**SIDH**
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	**TEDH**

2. ÍNDICE

1. PORTADA … 1

2. ÍNDICE … 3

3. BIBLIOGRAFÍA … 5

3.1. Libros y documentos de referencia … 5

3.2. Instrumentos internacionales … 5

3.3. Jurisprudencia, Observaciones e informes de órganos del SIDH y otros … 5

3.3.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos … 5

3.3.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos … 7

3.3.3. Comité de los Derechos del Niño … 7

3.3.4. Naciones Unidas … 8

3.4. Otras fuentes … 8

4. EXPOSICIÓN DE HECHOS … 9

4.1. Antecedentes

4.2. Hechos del caso

4.3. Trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

4.3.1. CIDH

4.3.2. Corte IDH

5. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO … 10

5.1. Discriminación … 10

5.1.1. Actos presuntamente discriminatorios

5.1.2. Sobre el fin legítimo de la medida

5.1.3. Ponderación

5.2. Capacidad y Consentimiento … 14

5.3. Libertad de Religión … 18

5.4. Protección a la Familia … 20

5.5. Garantías Judiciales … 22

5.6. Ponderación … 28

6. PETITORIO … 32

3. BIBLIOGRAFÍA

2.1 Libros y documentos de referencia

- Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General No. 3, supra (Citado en pag. 17)
- CARLOS BERNAL PULIDO. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Citado en pag. 27, 28 y 29)
- R. Alexy. "Constitutional rights, balancing, and rationality", en Ratio Juris, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, (Citado en pag. 27).
- El Desarrollo de Niños y Niñas de 4 a 10 años. Tiempo de Crecer. Guía para la Familia. UNICEF, CEDEP. Adros Impresores, Santiago, 2015. (Citado en pag. 17)

2.2. Instrumentos internacionales

- CADH
- CIRDI
- CDN

2.3 Jurisprudencia, Observaciones e informes de órganos del SIDH y otros

2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Casos contenciosos

- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauiri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004,
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH. *Caso* F*amilia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No 272.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chil*e. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Seria C No. 279
- Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014
- Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil.* Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.
- Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

- Corte IDH. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. Sentencia de 18 de noviembre de 2018. Serie C No. 475.
- Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Bras*il. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 40.
- Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 109.
- Corte IDH. Caso *Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439.

Opiniones consultivas

- Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacion*al. Opinión Consultiva OC-21/14. Decisión de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- Corte IDH. *Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad.* Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH, Informe No. 38/96, Petición 10.506 de 1996, Admisibilidad, *X e Y vs. Argentina,* Argentina, 15 de octubre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH, *Caso de K y T v. Finland*, Juicio del 12 de julio 2001
- TEDH, *Caso de Buchberger v. Austria*, Juicio del 20 de noviembre de 2001
- TEDH, *Caso D.H. y los otros* vs. *República Checa*, Núm. 57325/00. Sentencia del 13 noviembre de 2007.
- TEDH, *Caso Sejdic y Finci Vs. Bosnia y Herzegovina*, Nos. 27996/06 and 34836/06. Sentencia del 22 de diciembre de 2009.

Organización de las Naciones Unidas

- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación. Del 10 de noviembre de 1989.
- Comité CEDAW, Recomendación General Nº 19, La Violencia contra la mujer (1992)
- Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del 16 de noviembre de 2017.

4. EXPOSICIÓN DE HECHOS

PRIMERO: Mekinés se encuentra en el sur del continente americano, con una población de 220 millones multiétnica, conformada por personas provenientes de diferentes pueblos y etnias. El Estado es parte de la OEA y ha ratificado como convenciones relativas al caso: La CADH (en 1984), La CIRDI (en 2019) y la CERD (en 1970). Su

Constitución establece la forma de gobierno como una república democrática, que garantice la libertad de creencias, la autonomía del Estado en relación con la religión y de la religión frente a la influencia del Estado

SEGUNDO: Julia Mendoza y Marcos Herrera estuvieron casados durante 5 años. El 17 de noviembre de 2012 tuvieron una hija llamada Helena Mendoza Herrera, que en el divorcio quedó bajo la custodia de Julia y con visitas periódicas a Marcos. Asimismo, Julia inicio una relación con Tatiana Reis, con quien convive en el mismo hogar desde diciembre de 2020.

TERCERO: El 17 de diciembre de 2020, a la edad de ocho años, Helena fue sometida a un ritual de iniciación en la religión de su madre (Candomblé), que requiere de la permanencia en la comunidad por un período específico y la producción de incisiones en la piel de la persona, denominadas como escarificaciones.

CUARTO: Derivado del ritual, el 3 de enero de 2021, Marcos decidió denunciar a Julia y a Tatiana por maltrato a Helena en el CTN, alegando que Helena estaba siendo obligada a permanecer en la comunidad religiosa en contra de su voluntad y siendo víctima de daños corporales. El 13 de enero de 2021, el CTN realizó una denuncia y envió una comunicación al Tribunal de Familia, pretendiendo la cesión de la custodia de Helena al padre.

QUINTO: En el ámbito penal, la denuncia fue desestimada. En el ámbito civil, el 5 de mayo de 2021 el juez de primer grado decidió transferirle la custodia a Marcos, basando su decisión en los alegatos presentados por las partes como: la calidad de los colegios, la habitación, la protección de la integridad, la libertad religiosa y el desarrollo psicosocial.

SEXTO: El 21 de mayo de 2021, Julia apeló la decisión y el 11 de septiembre de 2021 el juez de segunda instancia revocó el traslado de la custodia al padre, argumentando que no se demostró una causal legal que soporte la pérdida de la custodia y que se hizo un juicio ilegítimo sobre sus relaciones privadas.

SÉPTIMO: El 29 de septiembre de 2021, Marcos apeló el fallo de segunda instancia ante la CSJ de Mekinés, la cual decidió mantenerle la custodia de Helena, argumentando en su sentencia que: no se verificaba la existencia de elementos discriminatorios, las mejores condiciones de desarrollo psicológico y socioeconómico las podía ofrecer el padre, la madre había violado el derecho a la libertad religiosa de Helena y debía primar el interés superior de la menor.

OCTAVO: El 11 de septiembre de 2022, Julia y Tatiana presentaron una petición ante la CIDH por la violación de derechos humanos en la CADH (artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24) y en la CIRDI (artículos 2, 3 y 4). El 29 de septiembre de 2022, la CIDH declaró la petición admisible y el 15 de octubre de 2022, publicó el informe de fondo No. 88/22, estableciendo una serie de recomendaciones para el Estado de Mekinés.

NOVENO: El 15 de diciembre de 2022, el caso fue sometido ante la jurisdicción de la Corte IDH, alegando la vulneración de los mismos artículos señalados por los peticionarios y establecidos en el informe de fondo de la Comisión.

5. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

5.1 Discriminación

5.1.1 Discriminación ante el SIDH

Mantener la custodia de Helena a favor de Marcos no configura un hecho ilícito, debido a que el Estado actuó para proteger a la niña. Por ello, no hubo violación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH y 2, 3, 4, 5 y 6 de la CIRDI.

El artículo 1.1 de la CADH garantiza todos los derechos convencionales sin discriminación, mientras que el 24 ordena que no se otorguen tratos desiguales en las leyes internas de cada Estado o en su aplicación[1]. Los Estados, además, están obligados a adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación especial en que se encuentre[2]. Por otro lado, la CIRDI establece las definiciones de discriminación racial (tanto directa como indirecta) y racismo[3], el derecho a la igualdad ante la ley[4], el derecho del reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales vinculantes para cada Estado[5] y los deberes de Estado de: prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todo acto discriminatorio[6] y la adopción de medidas positivas por parte de este[7], entre otros.

La Corte IDH ha entendido la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[8]. Así mismo, que una diferencia de trato es discriminatoria

[1] Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 182.
[2] *Ibid.* párr. 186; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113 y Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 337.
[3] Ver: Artículo 1 CIRDI
[4] *Ibid.* Artículo 2
[5] *Ibid.* Artículo 3
[6] *Ibid.* Artículo 4
[7] *Ibid.* Artículo 5
[8] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación. Del 10 de noviembre de 1989, párr. 6.

cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable[9]. Es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido[10].

5.1.2 Sobre el fin legítimo de la medida

La CIDH alegó el uso de prejuicios discriminatorios por parte de los jueces del tribunal del Estado de Mekinés[11]. Sin embargo, mantener la custodia de Helena a favor de Marcos se fundamentó en el interés superior de la niña[12], el cual ha sido considerado como un principio rector que debe ser implementado en todo sistema de protección integral inspirado en la CDN[13]. Puesto que dicho tratado no ha sido ratificado por Mekinés, la CADH debe ser interpretada, más en específico su artículo 19, a la luz de este. La Corte ha dicho, dotando de contenido este último artículo, que el Estado se encuentra obligado a promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de los NNA, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración a su condición especial de vulnerabilidad[14].

Así bien, es deber del Estado garantizar las mejores condiciones de vida para Helena, las cuales, eran las ofrecidas por la familia de Marcos[15], con base en la calidad del colegio, la habitación, la protección a la integridad y el desarrollo psicosocial. Bajo la custodia de su madre fue escarificada, lo cual constituye lesiones físicas que son irreversibles para Helena. Julia no fue capaz de protegerla, por lo que la mejor opción para el desarrollo integral de

---

[9] Corte IDH. *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; TEDH, *Caso D.H. y los otros* vs. *República Checa,* Núm. 57325/00. Sentencia del 13 noviembre de 2007, párr. 196.

[10] Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 200; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 219; TEDH, Caso Sejdic y Finci Vs. Bosnia y Herzegovina, Nos. 27996/06 and 34836/06. Sentencia del 22 de diciembre de 2009, párr. 42.

[11] Hecho 42.

[12] Hecho 37.

[13] Corte IDH. *Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad.* Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 172; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

[14] Corte IDH. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. Sentencia de 18 de noviembre de 2018. Serie C No. 475, párr. 98*;* Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 104, y Corte IDH. *Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad.* Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 187.

[15] Hecho 37

ella es estar bajo la custodia de Marcos. De esta manera, se dota de contenido, para el caso en particular, el interés superior de la niña, materializado en la garantía de un mejor desarrollo[16] bajo la custodia de su padre, Marcos. Es menester tener en cuenta que el desarrollo consiste en el crecimiento sano e integral de las niñas y los niños, además de ser un principio fundamental de sus derechos[17]. Además, está relacionado con el interés superior de estos, fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de estos, y en la necesidad de propiciar su desarrollo[18].

5.1.3 Ponderación

Ahora bien, para sostener que estamos frente a un caso de discriminación es deber de la contraparte determinar qué considera por ello y cómo podría esa explicación extrapolarse al caso en particular. En cualquier caso, la Corte ha determinado que el objetivo general de la protección del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso[19]. También, que de haberle otorgado la custodia a Julia, Helena no habría tenido la oportunidad de desarrollarse integralmente. Debido a que, de forma objetiva, la menor no tendría la oportunidad de gozar de las mejores condiciones que le ofrecería su padre, Marcos. Esto en lo que se refiere a, por un lado, las oportunidades que las condiciones económicas de la familia de Marcos le podía ofrecer, pero más importante, por el otro, porque Marcos busca proteger a su hija, situación que Julia no logró hacer como se explicó anteriormente. Todo lo anterior demuestra que existe, en el caso en particular, tanto una justificación objetiva como razonable en torno a la defensa de Mekinés del interés superior de Helena.

5.2 Capacidad, consentimiento y autonomía

El Estado no cometió un hecho ilícito al otorgar la custodia de Helena a Marcos, puesto que esto fue la forma del Mekinés de velar por la protección de la menor, ante la ejecución de una escarificación. Esta misma escarificación

[16] Ver: Artículo 6 de la CDN.
[17] Corte IDH. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia.* Sentencia de 18 de noviembre de 2018. Serie C No. 475, párr. 96
[18] *Ibid.* párr. 98
[19] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 108.

fue realizada bajo un consentimiento viciado, tanto porque fue hecho bajo una relación de poder, como por la falta de información para tomar esta decisión.

Mekinés actuó para prevenir una violación a la autonomía e interés superior de Helena, con base en los artículos 1.1, 11.2 y 19 de la CADH, en tanto la línea decisoria de la Corte IDH reflejada en los casos I. V. v. Bolivia[20] y V. R. P., V. P. C. vs. Nicaragua[21], permite entender que el derecho a la autonomía se desprende del artículo 11.2 de la CADH al estar fuertemente ligado a la vida privada. Asimismo, la protección a la autonomía de Helena tiene justificación a la luz del artículo 19 de la CADH, interpretado en relación al artículo 12 de la CDN. En este sentido, la madurez y edad de la niña son factores a tomar en cuenta al momento de evaluar el consentimiento que dio la menor cuando sucedió la escarificación. Como lo explica la Corte IDH en el caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, el control sobre el propio cuerpo puede ser ejercido por personas adolescentes en la medida en que desarrollen la capacidad y madurez para hacerlo[22].

El derecho a la autonomía de Helena se ve profundamente afectado por el vicio de consentimiento presente en sus decisiones, que están, evidentemente, influenciadas por los deseos de Julia, su madre. Si bien Helena explica que se encuentra a gusto en ambos hogares[23] y de acuerdo sobre la escarificación[24] (realizada durante el ritual de Recogimiento), no es posible tomar en cuenta esta decisión como válida. Es claro que Helena ha vivido con su madre la mayoría de su vida y la ha visto cómo su figura parental principal, por lo que buscará protegerla o creerá como cierto y como la mejor opción todo lo que Julia le diga[25].

Julia permitió que Helena siguiera una práctica que conllevaba lesiones personales en una menor de 10 años. El Estado consideró que la permisión de la ejecución de esta práctica en una menor tiene repercusiones directas en relación con el artículo 5 y 26 de la CADH, en relación a su integridad personal y salud. Según la Corte, los DESC

[20] Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Series C No. 329.
[21]Corte IDH. Nicaragua: *Caso V.R.P., V.P.C.* y Otros vs. Nicaragua.* Sentencia de 8 de marzo de 2018. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
[22] Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 109
[23] Pregunta aclaratoria 22
[24] Hecho 29
[25] Hecho 28

a la luz del artículo 26 de la CADH se toman como garantía de los derechos involucrados que se derivan de la Carta de la OEA en relación a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, como la salud[26]. Es de esta misma forma que no es seguro para Helena seguir bajo la custodia de quien permitió lo anterior. Por ello, la parte asegura que la menor siga bajo la protección de su padre es lo más asertivo.

Como determinó la Corte IDH en el caso Angulo Losada vs. Bolivia, el posible consentimiento que haya dado Brisa para su relación con un hombre 10 años mayor que ella, es viciado por la relación de poder que existe entre los dos[27]. Como se expone en la Recomendación General n. 3 de MESECVI, en los casos de capacidad y consentimiento este tipo de decisiones no deben limitarse a temas de accesos carnales, más también puede interpretarse a cualquier decisión sobre afectaciones corporales, como lo es la escarificación, al tratarse del derecho a decidir libre y autónomamente sobre el propio cuerpo[28]. Es ante esto que nos permitimos analizar la similitud en el vicio de consentimiento sobre las decisiones sobre el propio cuerpo del caso Angulo Losada con Helena y su madre. Como muestra el mismo Tribunal en el caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, las relaciones de poder que tienen los adultos sobre los niños pueden perjudicar profundamente el rumbo de una vida libre y digna para ellos mismos[29]. Helena puede pronunciarse ante sus deseos de estar con su madre o de realizar el ritual de Recogimiento, más esto no significa que la decisión haya sido libre. Lo anterior debido a que, como se analiza en Angulo Losada, el deseo del menor se ve altamente influenciado por factores externos y que pueden ser manipulativos. Así mismo, el informe de la CIDH del caso de X y Y vs. Argentina expone que ‘’no era posible contar con un consentimiento real dado que, en ese momento, era una niña de 13 años, totalmente dependiente de la decisión tomada por su madre, la Sra. X , y de la protección que le ofreciera el Estado’’, esto ante la decisión de permitir la requisa de las partes íntimas de la hija ‘’Y’’ ante la visita carcelaria a su padre[30]. En el presente caso, Helena no manifestó libremente su consentimiento, pues estuvo profundamente influenciada por Julia. A fin de cuentas, en los mencionados casos, las

[26] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 75, 81 y 98
[27] Corte IDH. Caso Angulo Losada vs. Bolivia. Sentencia de 18 de noviembre de 2018. Serie C No. 475, párr. 147, 148, 154
[28] Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General No. 3, supra,.
[29] Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras v. Ecuador. Sentencia de 18 de noviembre de 2018. Serie C No. 475, párr. 147, 148, 154
[30] CIDH, Informe No. 38/96, Petición 10.506 de 1996, Admisibilidad, *X e Y vs. Argentina,* Argentina, 15 de octubre de 1996.

menores no tomaron decisiones que fueran acordes a su seguridad, sino con base en lo que querían terceros que ejercían poder sobre ellas, por lo que es deber del Estado intervenir.

En cuestiones de capacidad, la opresión psicológica es una forma de reducción de la capacidad y abuso de poder, conforme a lo expuesto en la Recomendación General #3 de MESECVI. Se debe entender que la opresión psicológica se puede emplear cuando existe una relación entre la víctima y el victimario y existen lazos afectivos o psicológicos entre ambos, como lo es en un caso evidente entre una madre y una hija, como Helena y Julia, que generan un abuso en relación con la psique de la víctima. Además de esto, el abuso de poder, con base en la relación de poder apenas explicada, puede ser una coacción, más fundamentalmente consiste en la influencia que puede ejercer una persona sobre otra. Esto último describe a la perfección la situación en la que se encuentran Helena y Julia.

Es además necesario resaltar que la relación de poder que tiene Helena con su madre no es el único factor que vicia su consentimiento. Para que una decisión sea válida, debe tomarse informadamente, en relación a la edad y madurez[31]. Incluso si se llegase a considerar que no hubo vicio de consentimiento por la relación de poder, la decisión de Helena no fue libre respeto a la escarificación, pues no contaba con la madurez necesaria para tomarla.

No existen indicios que articulen que Helena llevará una niñez fuera de lo esperado para una niña de 8 años, que necesitará un nivel de madurez mayor al de su edad. Según UNICEF[32] entre los 4 y los 10 años los niños desarrollan capacidades físicas, motores, autónomas, de pensamiento, del lenguaje y de la lectura y escritura, además psicosexuales, capacidades que se desarrollan de forma natural conforme a los retos a los que se puedan enfrentar los niños. A los 8 años no son todavía capaces de empezar a reconocer lo que piensan y sienten otras personas, así como ellos mismos. El Comité del MESECVI, en su escrito de amicus curiae, “reconoc[ió] la autonomía progresiva de las adolescentes para establecer sus relaciones sexuales y afectivas”, pero resaltó que “sin embargo, en muchas ocasiones y particularmente cuando existen diferencias de edades y relaciones de suprasubordinación, entre otros

[31] Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 109
[32] El Desarrollo de Niños y Niñas de 4 a 10 años. Tiempo de Crecer. Guía para la Familia. UNICEF, CEDEP. Adros Impresores, Santiago, 2015.

factores, [se presentan] casos en los que, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada uno, se anula o vicia el consentimiento"[33]. Helena, bajo sus condiciones, edad y madurez, no era capaz de tomar una decisión informada y crítica sobre el proceso de escarificación que contrariaba lo que se esperaba de ella dentro de su comunidad (entendiéndose que el ritual de Recogimiento es parte de la cotidianidad dentro de la comunidad). Y es de esta misma forma que tampoco lo haría sobre su preferencia de vivienda, pues no iría en contra de lo indicado por su madre. Según la Observación General n. 15 de las Naciones Unidas[34], las situaciones que pueden aumentar la capacidad y madurez son, entre otras, el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo en relación a la autonomía (como capacidad para autodeterminarse, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase). Las decisiones de Helena están completamente influenciadas, por lo que no nos encontramos ante una situación excepcional en donde aumente su capacidad, más dentro de la regla, y es que ella sigue lo que se le indica. Helena no era capaz de protegerse a ella misma, y por lo señalado tampoco su madre. Es por esto que el Estado la protegió velando por sus derechos, en contra de una situación de consentimiento viciado.

5.3 Religión

El Estado no incurre en una violación del artículo 12 de la CADH, dado que no se configura una violación a la libertad de religión, de Julia y Helena, por la decisión de que Marcos tenga la custodia de la menor. Por lo cual, las acciones del Estado se tomaron teniendo en cuenta la posición más beneficiosa para Helena.

El derecho a la religión[35] protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 de la DUDH no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. No se debe discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que

[33] Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General No. 3, supra
[34] Observación General 15 UN
[35] Ver: Artículo 18 DUDH

puedan ser objeto de hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante[36]. Es ante esto que se llega a la conclusión que bajo los estándares apenas mencionados, el derecho internacional reconoce y protege el Candomblé.

El artículo 12 de la CADH plantea el derecho a la libertad religiosa que, como ya se mencionó, se entiende como la protección de la libertad humana en su dimensión religiosa. Según el artículo 12.3, se puede regular este derecho por motivos de: la seguridad, el orden público, la salud, la moral pública y los derechos y libertades fundamentales de otras personas. Además, exige que dichas limitaciones se ajusten al principio de legalidad, implicando que deben estar contempladas en la ley y ser "necesarias" en una sociedad democrática[37]. Retomando los hechos del caso, hay que contemplar la decisión del Estado, en este caso ni siquiera consiste en una restricción al derecho, sino que se toma la decisión de separar a Helena de Julia, considerando los factores objetivos como la calidad del colegio, la habitación, la protección a la integridad y el desarrollo psicosocial, que fundamentan la razón por la cual Helena debe estar con Marcos.

La Corte ha establecido que "al igual que los adultos, los NNA poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos (…) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado"[38] Es decir, que este derecho también aplica a Helena, no obstante, resulta imprescindible resaltar el inciso 4 del artículo 12, dado que en este se establece el derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones. Sin embargo, implica que este derecho de los padres no es de carácter absoluto. En otras palabras, se puede decir que en este caso, persiguiendo el interés superior del niño, Mekinés realizó ciertas restricciones al derecho de libertad de religión.

Por lo tanto, son de importancia cuatro factores. En primer lugar, la legalidad, puesto que las acciones de Mekinés se basaron en la presencia de una práctica generalizada: no es aceptada la escarificación en menores de edad, dado

[36] Observación General No. 22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
[37] Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. párr. 67
[38] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

que van en detrimento del interés superior del niño. En segundo lugar, la medida es idónea considerando lo que se busca proteger, que es el interés superior del niño[39]. En tercer lugar, es la necesidad, se limitó la libertad de expresar su religión. Teniendo en cuenta los factores de que era una menor de edad, es decir, la separación no tenía implicaciones en la decisión de práctica de religión, solo se buscaba asegurar integridad personal y desarrollo de Helena. Por último, la proporcional responde al hecho de que, la libertad de religión cede a favor del interés superior del niño, dado que en últimas, las acciones de Meknes corresponden a medidas positivas de protección por la situación de vulnerabilidad de Helena. Esto para que en un futuro tenga la posibilidad de expresar su consentimiento informado.

Por ende, al considerar los hechos del caso, se observa que sí existe una justificación razonable, necesaria y proporcional a la restricción del derecho a la religión, es decir, que las medidas tomadas respecto a Helena fueron adecuadas y no representan una violación a la libertad de religión.

5.4 Protección a la familia y derecho a la integridad personal de los miembros de esta

El Estado no violó ni la integridad personal de ningún familiar, ni el deber de protección de la familia, puesto que la custodia de Helena al padre se basó en daños reales y probados. El artículo 17 de la CADH señala que el Estado tiene la obligación de salvaguardar a la familia. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que las autoridades cuentan, en ciertos casos, con facultades para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño, por lo que debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres[40]. En este sentido, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño[41]. Así bien, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de: i) los comportamientos parentales específicos

[39] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 164.
[40] TEDH, Caso of Buchberger v. Austria, Juicio del 20 de noviembre de 2001 y TEDH., Case of K y T v. Finland, Juicio del 12 de julio 2001.
[41] Corte IDH. *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No, párr. 65.

y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del NNA; ii) los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios; y iii) en el bienestar del menor[42]. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres[43]. En el caso en concreto, las lesiones en el cuerpo de Helena constituyen un hecho probado, irreversible y atentaron contra la integridad de la menor.

Asimismo, la Corte IDH considera que el sufrimiento que genera la separación injustificada y permanente de una familia es tal que debe ser analizado dentro de una posible violación del derecho a la integridad personal de cada uno de los miembros de dicha familia[44]. No obstante, las separaciones legales del niño de su familia sí pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño[45]. En este orden de ideas, la separación de la menor respecto a su madre está debidamente justificada por la protección de su integridad personal, que fue y sigue siendo afectada de forma física y psicológica por los efectos resultantes del recogimiento. Esto, pues las cicatrices en el cuerpo de Helena son de carácter irremediable e irreversible y se convirtieron en la materialización perpetua de este evento en su piel. Y asimismo, considerando que en virtud del interés superior del niño, Marcos es quien ofrece las mejores condiciones de desarrollo para Helena, como se expuso previamente[46].

Además, se resalta el deber del Estado de intervenir en las relaciones familiares para impedir cualquier amenaza o violación a los derechos convencionales de sus integrantes. Así bien, existe un deber especial de protección a la familia, en el que la unidad y armonía familiar deben ser salvaguardados de cualquier tipo de violencia, entre otras medidas, a través del ejercicio de la intervención del Estado[47]. En este sentido, la institución de la familia como núcleo esencial de la sociedad, merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar y protección. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de proteger a las familias de esta violencia[48], tal como ocurrió en este caso.

---

[42] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109.
[43] *Ibid.*
[44] Corte IDH. *Caso* F*amilia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No 272, párr. 284.
[45] *Ibid.* párr. 226.
[46] Hechos 37
[47] Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-368-2014* . Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
[48] Comité CEDAW, Recomendación General Nº 19, La Violencia contra la mujer (1992), párrs. 1-6.

Por otro lado, en adición a los motivos justificados por los cuales no se viola el derecho a la protección de la familia, otorgarle la custodia de Helena a Marcos, muestra que el Estado no incurrió en estereotipos de género al momento de disponer las medidas de separación de la menor y su madre. Resulta fundamental resaltar que según el artículo 17.4 de la CADH, los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio. Una interpretación de esta norma refleja que los Estados tienen el deber activo de revertir los estereotipos de género que tradicionalmente permean en la familia. Bajo esta afirmación, negar la custodia a Marcos en adición de los criterios objetivos justificados por el interés superior de Helena, implicaría ceder todas las responsabilidades y cuidado de la menor a su madre. Este tipo de estereotipos en cuanto al rol de una madre implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual socialmente se espera que lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijas e hijos[49]. De este modo, otorgarle la custodia a la madre, a pesar de las lesiones que permitió que se perpetraran en contra de Helena, evidenciaría una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.

En conclusión, el Estado no violó la integridad personal de ningún familiar, ni el deber de protección a la familia, en tanto la custodia de Helena a su padre se justificó en hechos probados y reales. Además, se resalta que el Estado no incurrió en estereotipos de género

5.5 Garantías judiciales

Se garantizó el derecho de Julia y Tatiana a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo legal. La Corte Suprema de Justicia, como tribunal de última instancia, en el presente caso, falló en derecho y cumpliendo con los principios convencionales de independencia judicial, imparcialidad y legalidad en su sentencia.

Un fallo judicial debe cumplir las garantías de un "debido proceso legal" acorde a la CADH. Al interpretarse el artículo 8.1 y 25 sobre garantías judiciales, el "debido proceso legal se compone de: el derecho a ser oído; el derecho

[49] Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, par.

a una resolución motivada; el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente; el derecho a ser juzgado en un plazo razonable[50].

En primer lugar, el derecho a ser oído y a obtener en la sentencia una resolución motivada que considere los argumentos expuestos, cuenta con un ámbito formal y procesal, y un ámbito material[51]. Frente al de carácter formal y procesal, se debe asegurar que ambas partes intervinientes tengan acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales. Estas tradicionalmente son la posibilidad de las partes de presentar alegatos (en igualdad de condiciones y oportunidades), así como la aportación de las pruebas que los jueces practiquen con base al derecho. Por otra parte, frente al ámbito de protección material, este implica que "el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido"[52]. Además, los jueces y juezas deben emitir una resolución motivada, es decir, "exteriorizar la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". Por lo tanto, debe demostrar: i) la consideración de los alegatos de las partes; ii) el análisis del conjunto de pruebas.

En el caso concreto, se puede considerar que la madre, el padre y la hija, los sujetos actuando dentro del proceso, tuvieron la posibilidad de intervenir activamente y en igualdad de condiciones frente a los jueces de primer grado, de segundo grado y de la Corte Suprema de Justicia. Por un lado, el padre pudo presentar en sus alegatos las razones por las cuales consideraba que la custodia en manos de la madre presentaba un riesgo para la integridad personal y adecuado desarrollo de su hija. En condiciones de total igualdad, la madre pudo presentar sus alegatos. Asimismo, la hija pudo expresar sus opiniones al respecto[53], en función de lo establecido por el Código Civil de Mekinés frente a la voluntad de los menores en proceso de custodia. A ambas partes se les notificó debidamente del proceso[54] y se les dio la oportunidad de presentar pruebas para ser consideradas por los jueces de las distintas instancias en sus decisiones[55], entre las cuales estuvieron las fotografías de los cuartos y la inscripción en el colegio. Frente al ámbito

---

[50] Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 7, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

[51] Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

[52] Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 120.

[53] Remitirse al apartado 4.2. Capacidad, consentimiento y autonomía

[54] Respuesta a pregunta aclaratoria No. 10.

[55] Hechos en los párrafos 33 y 37. Asimismo, respuesta a pregunta aclaratoria 32 y 37.

de protección material, ambas partes ejercieron su derecho a ser escuchados en un proceso judicial, que dentro del sistema jurídico interno y en línea con el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Mekinés[56], está destinado a resolver conflictos de familia que involucre en la custodia de los hijos, por lo que también se puede considerar cumplido este segundo ámbito de protección material. Asimismo, frente a la resolución motivada, los jueces de las diferentes instancias exteriorizaron de forma clara y precisa las justificaciones que les permitieron llegar a las respectivas decisiones sobre la custodia de Helena. Frente a la sentencia de primera instancia, el juez considera elementos como *el bienestar emocional, el adecuado proceso de socialización de la hija* y *el interés superior del niño.* En la segunda instancia, que falla a favor de Julia, también se toman en consideración los alegatos presentados por las partes como la voluntad de la menor frente a las prácticas religiosas. En la motivación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia también se analizan los argumentos de discriminación presentados por Julia para concluir que no se evidencia la existencia de elementos discriminatorios. También se consideran los argumentos presentados por Marcos sobre la integridad de la menor y se aplican reglas del derecho interno como: el interés superior del niño; las leyes civiles sobre custodia y cuidado de menores; y el Estatuto del Niño y del Adolescente. En este sentido, se puede considerar que los jueces involucrados en las sentencias de las diferentes instancias exteriorizan la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, considerando los alegatos de las partes y analizando el conjunto de pruebas[57], cumpliendo así con la garantía de dar una resolución motivada[58].

En segundo lugar, respecto al derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, la Corte IDH en su jurisprudencia ha interpretado dos ejes frente a este derecho. Por un lado, se establece el principio de "juez natural" y de ello, se deriva que las personas "tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos"[59], por lo que los Estados deben respetar la aplicación de los procesos prescritos en la ley y no deben crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para

[56] Extractos del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Mekinés, en las respuestas a preguntas aclaratorias No. 20 y 22.
[57] Como se demuestra en los hechos en los párrafos 34 (primera instancia), 35 (segunda instancia) y 37 (CSJ).
[58] Derivada de la interpretación de la Corte IDH en los casos: Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182
[59] Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182

sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios[60]. Por otra parte, La Corte IDH[61], al aplicar la CADH y los *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura*, ha establecido que la independencia de la judicatura debe ser garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución, de tal forma que todas las instituciones la respeten. Asimismo, establece que frente a la posibilidad de destitución de los jueces en los casos que se puedan ver vulneradas las garantías de independencia, esta siempre debe realizarse siguiendo con los procesos establecidos para este fin, aplicando las causales de destitución prescritas en la ley y garantizando el derecho a la defensa del juez. Los criterios que la Corte IDH interpreta para que los jueces a cargo de un proceso se consideren independientes son: i) adecuado proceso de nombramiento; ii) inamovilidad en el cargo en función de la ley; iii) garantías contra presiones externas que garantice sentencias basadas en los hechos y en su consonancia con el derecho. En esa misma línea, frente a la imparcialidad como garantía del debido proceso, la Corte IDH[62] ha establecido o que la imparcialidad de los jueces se debe mostrar bilateralmente mediante un criterio subjetivo y otro objetivo. Frente al de carácter subjetivo, se exige que el juez se aproxime sin ningún prejuicio subjetivo sobre los hechos propios del caso. Basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[63] , la Corte IDH[64] ha establecido que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, el criterio efectivo requiere determinar si el juez brindó elementos convincentes que permitan "eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona", y demuestran que su actuar no estaba sujeto a "influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a derecho".

---

[60] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206

[61] En casos tales como: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 167.

[62] En los casos: Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr.108; Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; entre otros,

[63] En casos como: TEDH, Caso Kyprianou Vs. Chipre, Juez (Méritos and Satisfacción), Corte (Grand Chamber), Aplicación No. 73797/01), Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

[64] En casos como: Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Reafirmada en casos como: Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 117; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 177.

En el presente caso, en primer lugar, se cumple el principio de juez natural, en tanto la custodia del menor fue debidamente determinada por jueces de familia (en diferentes instancias), posterior al actuar del Consejo de tutela de la niñez. El hecho de que jueces de familia resuelvan proceso de custodia sobre menores es una práctica generalizada en las leyes procesales de los demás países de la región interamericana[65]. En un segundo lugar, Mekinés garantiza y proclaman su constitución la independencia judicial, por lo que los funcionarios judiciales que participaron dentro del proceso de custodia de la menor cumplen con los criterios de: i) haber recibido un adecuado nombramiento (ya que no se exponen razones para sostener lo contrario); ii) haber cumplido los plazos mínimos y máximos establecidos para cada cargo judicial en su antepasado laboral[66]; iii) no existen pruebas o precedentes que demuestren una falta de garantía por parte de los jueces frente a las presiones externas que no les permitan basar sus sentencias en derecho. Estas garantías de ninguna forma significa que se les debe restringir el derecho a la libertad de conciencia de los jueces y que se les deba prohibir tener una posición política por fuera de su ejercicio judicial, significa que no existen pruebas o precedentes que demuestren la incapacidad de los jueces involucrados en el proceso de tomar una decisión exclusivamente analizando los hechos y su concordancia con el derecho. Como se mencionó, el simple hecho de que un juez tenga una posición política por fuera de su ejercicio profesional, que no afecte su juicio jurídico, no es una causal válida dentro de la Convención y su desarrollo para que no se considere capaz de resolver conforme a derecho. Frente al cumplimiento de los criterios subjetivos y objetivos que componen la imparcialidad según la jurisprudencia de la Corte IDH, no existe prueba en contrario, que en virtud de la presunción, demuestre que los jueces de las diferentes instancias se aproximaron con un prejuicio subjetivo sobre los hechos del caso. Asimismo, frente al componente objetivo, el sistema judicial brindan a las partes elementos suficientes para desvirtuar posibles parcialidades sobre la persona, como lo son los mecanismos disponibles del Consejo Nacional de Justicia y el Defensor del Pueblo de la Corte Suprema.

[65] Corte IDH; Condición jurídica y derechos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, Nº 17, párrs. 37 y 53 y Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, Nº 63.
[66] Respuesta a la pregunta aclaratoria No. 6.

Por último, frente a la garantía de plazo razonable, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humos[67], la Corte IDH[68] ha determinado que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo dentro de las circunstancias propias del caso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) grado de afectación de la víctima. Estos criterios siempre se deben evaluar considerando transversalmente la afectación a los derechos de los involucrados que se está generando por la duración.

En el presente caso, se considera un caso de complejidad medio en virtud del estándar de la Corte IDH, ya que se deben analizar varios elementos probatorios y periciales que permitan determinar la mejor opción para el bienestar del menor en los diferentes ámbitos. Por otro lado, no existen comportamientos de las partes que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna. Así como las autoridades judiciales y administrativas (como el Consejo de Protección) han sido diligentes al cumplir sus funciones en plazos óptimos. Por lo tanto, considerando también la extensión por la medida cautelar y el *periculum in mora* presentada por el Ministerio Público, el tiempo de 1 año y 3 meses que duro la totalidad del proceso es un plazo razonable para el asunto del caso en cuestión y los estándares de la Corte IDH.

En consecuencia, habiéndose cumplido, dentro del proceso de custodia de la menor Helena, el derecho a ser oído; el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente; el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y el derecho a una resolución motivada, no existen motivos que permitan alegar a las víctimas que existió una violación al derecho a las garantías judiciales o la protección judicial por parte del Estado de Mekinés, en virtud del artículo 8 de la CADH y la jurisprudencia que la Corte IDH que ha desarrollado su contenido.

---

[67] TEDH, Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195---A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30.

[68] Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192; Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; entre otros.

5.6 Ponderación

De forma subsidiaria a los argumentos precedentes, y solo en caso de que se llegase a demostrar que si existió una intervención negativa sobre los derechos demandados por las presuntas víctimas (libertad de conciencia y religión, protección de la familia, derecho del niño, igual protección de la ley), esta intervención de igual forma estaría justificada en tanto persigue un fin legítimo que justifica mediante ponderación la presunta afectación de los demás derechos. Al respecto, la Corte IDH[69] ha establecido mediante su jurisprudencia que los derechos consagrados en la CADH no tienen un carácter absoluto, especialmente cuando entran en conflicto con otros derechos también protegidos por la CADH. Para ponderar los derechos en conflicto y otorgar la protección más congruente con el marco jurídico interamericano (e internacional), la jurisprudencia de la CIDH ha establecido que los Estados tienen la capacidad legítima de tomar medidas que intervengan en el goce de estos derechos cuando se esté persiguiendo un fin legítimo.

Para evaluar si las medidas que toman los Estados, en búsqueda de alcanzar un fin legítimo, son compatibles con el marco jurídico interamericano, la Corte IDH[70] ha establecido tres criterios de análisis que están basados en la doctrina[71] y la jurisprudencia de las altas cortes nacionales. Estos criterios son: el nivel de idoneidad de la medida tomada para alcanzar el fin legítimo, la necesidad de aplicar esta medida específica sobre otras que pretendan el mismo fin, y la proporcionalidad en sentido estricto, entendiéndose como una justa compensación entre las ventajas y los sacrificios de derechos que implica tomar la medida.

5.6.1. Idoneidad

Frente al primer criterio de idoneidad, este requiere que toda intervención en los derechos sea razonablemente adecuada para contribuir a la obtención de un fin legítimo para la Constitución doméstica y para la CADH. Por lo

[69] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
[70] En el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012).
[71] R. Alexy. “Constitutional rights, balancing, and rationality”, en Ratio Juris, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 131-140.

tanto, este criterio impone dos exigencias a toda intervención[72]: i) que el fin sea legítimo dentro del marco jurídico doméstico e interamericano; ii) que bajo las reglas de la razonabilidad, sea idónea para favorecer su obtención.

Frente a la legitimidad del fin, la cesión de la custodia de Helena a Marco decidida por la CSJ de Mekinés se fundamentaba en el fin de: proteger la integridad física, psíquica y moral de la menor; proteger su autonomía y consentimiento frente a la libertad de religiosa; y velar por el mejor desarrollo psicosocial del menor con base en el interés superior del NNA[73]. Este fin no solo no está prohibido por el derecho doméstico e interamericano, sino además, está fuertemente respaldado a nivel del Estado de Mekinés[74] y a nivel interamericano[75] (por los art. 5, 12, 17 y 19 de la CADH y el principio del interés superior del niño). Asimismo, con base en las reglas de la razonabilidad, la cesión de la custodia se puede considerar idónea para alcanzar el fin expuesto, en tanto permite proteger la autonomía, la libertad de conciencia y la libertad de religión de Helena, que actualmente está siendo vulnerado por las presiones que ejerce la madre sobre ella y que llevaron a realizar las escarificaciones. Como se ha explicado transversalmente en el documento, la protección de la libertad de conciencia y de religión debe considerar la incapacidad de consentir por parte de Helena debido a su edad de ocho años, por lo que las presiones constantes que está realizando la madre para que se introduzca en la religión y realice rituales irreversibles visibles en la piel con consecuencias en su integridad, están permanentemente vulnerando la autonomía, la libertad de conciencia y la libertad de religión de Helena. Estas presiones por parte de la madre, como sucedió con las escarificaciones, también están llevando a afectar la integridad física, psíquica y moral de la menor; y de igual forma, está desconociendo el interés superior del NNA. Por lo tanto, la cesión de la custodia al padre permite detener estas presiones que se están ejerciendo sobre la libertad de conciencia y religión de la menor, y proteger el conjunto de derechos de Helena que actualmente se están viendo vulnerados, derivado de estas presiones. De ninguna forma se puede considerar que el fin que legitima la medida es de carácter sancionatorio, por el contrario, la medida se fundamenta en una total prevención y protección de los derechos que actualmente le están siendo vulnerado a Helena, quién por su edad de

[72] CARLOS BERNAL PULIDO. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 693-696 pp.
[73] Como se expone en los hechos de los párrafos: 34, 35 y 37.
[74] Por la Constitución y el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia, como se demuestra en las respuestas a las preguntas aclaratorias No. 15, 28 y 33.
[75]

diez años aún no es capaz de proteger sus derechos por sus propios medios y requiere de un amparo reforzado por parte del Estado[76].

5.6.2. Necesidad

La necesidad, por su lado, hace referencia a que la intervención de un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios posibles para alcanzar el fin, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido[77].

El hecho que Helena haya quedado bajo la custodia de Marcos resultó indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo. Si bien, se limita del derecho fundamental a la protección familiar, hay que resaltar que de todos los medios existentes para su consecución, otorgarle la custodia de la menor a su padre, es el menos lesivo. Si bien, las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, no existen otras medidas que protejan el fin legítimo, en este caso el interés superior del niño.

5.6.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Para el tercer criterio, se debe evaluar la proporcionalidad en sentido estricto, lo que permite determinar si la importancia de la intervención en los derechos de la Madre, Julia Mendoza, está justificada por la importancia del fin perseguido, que busca proteger los derechos de Helena. Al respecto, es importante traer a colación el interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, en el art. 19 de la CADH[78], en el

[76] Remitirse al apartado 4.2. Capacidad, consentimiento y autonomía.
[77] CARLOS BERNAL PULIDO. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 740 pp.
[78] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014, párrafo 66.

ordenamiento jurídico interno de Mekinés y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH[79]. El desarrollo legal que ha tenido el interés superior del niño[80] establece un triple concepto en su aplicación: como principio fundamental de interpretación legal, en situaciones de ambigüedad que pongan en riesgo NNA[81]; como regla de procedimiento, obligando a introducir evaluaciones de afectación a los derechos de los NNA en los procedimientos judiciales[82]; y el más relevante para efectos de la proporcionalidad, como derecho sustantivo y obligación de los Estados, de proteger con prelación los derechos de los NNA cuando estos entran en conflicto con otros derechos[83].

Frente al primer nivel, el presente caso pone en conflicto dos objetos normativos que se ven afectados. De forma negativa, se ven afectados los derechos a la libertad de religión y a la protección de la familia de Julia Mendoza como Madre, que dentro el Sistema Interamericano corresponden de forma específica a los artículos referentes a la igualdad de los excónyuges en la disolución del matrimonio frente a la familia (art. 17.4), el derecho de los padres a impartir su propia educación religiosa y moral a sus hijos (art. 12.4), igual protección de la ley (art.24). En contraposición a esta afectación negativa, están los derechos de la menor Helena, que reciben una afectación positiva y fundamentan esta intervención sobre los derechos de la madre, los cuales son: la libertad de conciencia y religión (art. 12); la protección de la familia (art. 17); el derecho a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1); a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2) y derecho del niño (art. 19). Frente a esta ponderación entre ambos grupos de derechos afectados, el interés superior del niño en su carácter de derecho sustantivo conlleva a qué tanto los jueces del Estado de Mekinés, como la Corte IDH, deban en el presente caso justificar la intervención sobre los derechos de Julia, con el fin legítimo de proteger los derechos preponderantes de Helena (ligados a la integridad, la autonomía y el bienestar del NNA). Además, estas medidas de protección a Helena se hicieron en cumplimiento de

[79] Corte IDH, Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408. En el mismo sentido ver Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184.
[80] UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14
[81] Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauiri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 164.
[82] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014,
[83] En el mismo sentido, en el ámbito interamericano: Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párrafo 107.

la obligación que ha reconocido la Corte IDH[84], de que los Estados deben disponer y ejecutar directamente medidas de protección a los niños y a sus derechos. Esta necesidad de adoptar esas medidas proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, «tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia».

En conclusión, habiéndose demostrado que la medida era: idónea para alcanzar el fin legítimo de proteger los derechos de Helena, necesaria para poder alcanzar este fin frente a otras posibles medidas, y proporcional en sentido estricto al aplicarse el interés superior del niño sobre los presuntos derechos en conflicto; en caso de que se llegase a demostrar que hay una afectación negativa sobre los derechos de la madre, esta evaluación de proporcionalidad demuestra que la medida tomada por el Estado de Mekinés para proteger los derechos de la menor, justifica legítimamente la intervención en los otros derechos involucrados.

5. PETITORIO

Por todas las razones de *facto* y de *jure* expuestas por esta representación, actuando dentro de las facultades expresamente conferidas en el artículo 42 del Reglamento vigente de la CorteIDH y reservándose el derecho de ampliar o modificar este petitorio, de la manera más respetuosa.

SOLICITAMOS:

PRIMERO: Acepte y valore el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

SEGUNDO: Que mediante sentencia se declare que no hay lugar a responsabilidad internacional del Estado de Mekinés por las presuntas violaciones a los derechos contenidos en los artículos 8.1, 12, 17, 19 y 24 de la CADH, todos en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y los artículos 2, 3, 4 de la CIRDI en perjuicio de Julia Mendoza y otros.

[84] En la OP: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Resolución de 28 de agosto de 2002, párrafo 66.