CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
ELIZABETH ABI-MERSHED 2023

MEMORANDO DE LEY

Tema: Igualdad y Derechos Humanos: Enfrentando La Discriminación Racial

Caso Hipotético: Julia Mendoza y otros vs. Estado de Mekinés

Preparado por Carlos Quesada, Christina M. Fetterhoff y su equipo en el Instituto sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos
marzo de 2023

Tabla de contenido

I. Contexto del caso hipotético 3

A. Elementos generales 3

B. La discriminación structural 3

C. Discriminación por motivos raciales 4

D. Discriminación por motivos religiosos 5

1. Las religiones de matriz africana 5
2. Prácticas de "brujería" 7
3. El ideal de "familia" en una sociedad 8

E. Discriminación por orientación sexual 8

F. La invisibiliazación de religiones y creencia y de orientaciones sexuales por parte de los medios de comunicación 9

II. Problemáticas centrales y estándares de resolución del caso 9

A. Aplicación de estándares al caso 9

1. Deber de respetar y garantizar el derecho a la libertad religiosa y de creencia 9
2. Obligaciones de los Estados 13
3. Restricciones al derecho a la libertad de religión o creencias 14
4. Los derechos de las minorías religiosas 15
5. La libertad de los padres de enseñar una religión o creencias 16
6. Aplicación neutral del derecho de familia 18
7. Prácticas nocivas 20

I. Contexto del caso hipotético

A. Elementos generales

Este caso se desarrolla en el hipotético Estado de Mekinés un país con gran diversidad étnica y racial que, a pesar de su gran poder económico, tiene uno de los niveles de desigualdad más altos del mundo, fruto del intenso proceso de colonización y del fenómeno de la esclavitud que persistió durante mucho tiempo en el país.

Como consecuencia, la población negra que fue esclavizada, así como los pueblos indígenas, sufrieron un borramiento de su cultura, como forma de control social que forma parte del racismo estructural. En este contexto se inscribe la prohibición de prácticas religiosas distintas a las del colonizador, consolidando al catolicismo como la religión que comúnmente se entiende como correcta, incluso en un Estado que se declara laico, democrático, y que constitucionalmente apoya la libertad de culto, y prohíbe la discriminación racial y la intolerancia religiosa, como es el caso de Mekinés.

Además, la mayoría absoluta de la población se declara cristiana, lo que se traduce en un alto índice de aceptación de principios considerados cristianos y discriminatorios, especialmente en lo que respecta a los derechos de las mujeres y de la población LGBTI+. La intolerancia religiosa también prevalece en la sociedad, ya que las religiones que no siguen los preceptos establecidos por el cristianismo son demonizadas por una parte de la sociedad. Esta situación se ve agravada por el crecimiento de los partidos políticos vinculados al cristianismo y por la importante bancada cristiana en la esfera pública.

El escenario de la intolerancia religiosa - pertinente al caso aquí estudiado - se configura en los elementos generales aportados en la descripción del caso.

En este escenario, ocurre el caso aquí descrito, donde se observa la presencia de varios elementos discriminatorios con un fuerte enfoque racial, donde el gobierno actuó en contra de la legislación nacional e internacional vigente, violando varios derechos humanos entre los presentes. Cabe destacar que el país forma parte de la Organización de Estados Americanos, e incluso acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, está posicionado internacionalmente para combatir el racismo, ratificando la Convención Interamericana contra el Racismo, y la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial.

B. La discriminación estructural

Como se señaló en el contexto descrito anteriormente, la sociedad del Estado de Mekinés está formada por migrantes, personas que fueron esclavizadas y pueblos indígenas tradicionales. Si bien se percibe una multiplicidad racial y étnica, no se pueden mitigar los efectos del colonialismo, que impuso una cultura como central, provocando la reducción y el borrado de las demás. La sociedad se construye sobre valores establecidos por un solo grupo social, haciendo de la narrativa de los colonizadores la historia a contar. Al mismo tiempo, las decisiones y las políticas públicas son desarrolladas por responsables que pertenecen al mismo grupo etnosocial, colaborando al mantenimiento de una lógica excluyente.

Cuando hablamos de discriminación estructural, hablamos de una discriminación que sitúa como sujeto de derechos al hombre blanco, heterosexual, cristiano y terrateniente, es decir, al que pertenece a la zona del ser, humano. Aquel que no encaja en estos patrones predeterminados queda fuera del

área de protección de la ley, y, por tanto, dentro de la zona del no ser. Así, dentro de la zona de no pertenencia se encuentran las personas narradas en el caso que nos ocupa, que trae a mujeres lesbianas que practican una religión de matriz africana.

Así pues, la discriminación estructural está directamente relacionada con la exclusión social a la que se enfrentan los grupos históricamente situados en los márgenes de la sociedad y abarca el recorte de la libertad del sujeto a ser y ejercer derechos civiles, políticos, culturales, sociales y económicos.

Según lo narrado, el Estado se ha estructurado de una manera que desfavorece a los no cristianos. Es notable la extinción de políticas públicas destinadas a la lucha por el libre ejercicio de la libertad religiosa, acto realizado por el entonces Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, también se cerraron o debilitaron los espacios de participación popular que debatían los derechos de las personas LGBTI+.

Además, los miembros del Gobierno son muy conservadores y tienen muchos prejuicios, como los discursos del Presidente contra los derechos de las mujeres, los afrodescendientes y las personas LGBTI+. Incluso dentro del poder judicial, el juez del Tribunal Constitucional Supremo de Mekinés pronunció discursos contrarios al Estado laico, dejando claros sus fuertes vínculos religiosos con el cristianismo, lo que podría influir en las dos decisiones judiciales.

Se trata, por tanto, de un escenario altamente discriminatorio, practicado incluso por aquellos cuyo deber es proteger a los ciudadanos de Mekinés, lo que demuestra que la discriminación en el Estado es estructural.

C. Discriminación por motivos raciales

La población afrodescendiente e indígena del Estado de Mekinés se ha visto históricamente afectada por la discriminación estructural y el racismo institucional. La desigualdad racial es una característica de la sociedad, que se traduce en una reducción de las oportunidades, como un menor acceso a la atención sanitaria, unas condiciones de vivienda más precarias y un menor acceso al mercado laboral. El racismo es históricamente estructural, no sólo porque consolida todas las relaciones e instituciones existentes, sino sobre todo porque es uno de los instrumentos utilizados para mantener a las poblaciones racializadas en un lugar de subordinación, precariedad y vulnerabilidad.

No es un trastorno, una disfunción o una anomalía. El racismo es una parte estructurante del propio orden. Es la forma normal en que se constituyen las relaciones políticas, económicas, jurídicas e intersubjetivas y, por lo tanto, con una expresión de la desigualdad política, económica y jurídica. De esta forma, el racismo forma parte de la estructura, de modo que las instituciones son racistas, porque la sociedad está estructurada por el racismo, constituyendo un proceso histórico y político que crea las condiciones sociales para que los grupos racialmente identificados sean sistemáticamente discriminados y sometidos a relaciones sociales, políticas, jurídicas y económicas jerarquizantes. Es la regla, no la excepción.

La prohibición de la discriminación racial se considera una norma imperativa del derecho internacional. Entre los diversos instrumentos internacionales que tratan el tema, cabe destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

(ICERD)[1] y la Convención Interamericana contra el Racismo.[2] Incluso la definición de discriminación racial se encuentra en este último instrumento, como se cita a continuación:

> Discriminación racial es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

Sin embargo, a pesar del instrumento internacional que obliga a combatir todas las formas de discriminación racial, debido al poder coercitivo del instrumento - y también a nivel nacional, ya que el Estado también tiene legislación interna contra la discriminación racial, las prácticas discriminatorias están presentes en las acciones estatales que favorecen a un grupo social sobre otro. En el caso que nos ocupa, cuando se desconocen derechos socioeconómicos y culturales, mientras que a otros se les impide ejercer libremente su opción religiosa. En este caso, el recorte que se relaciona con aspectos raciales está presente en la demonización de las religiones de matriz africana, o en este caso, afromekineñas, fruto del racismo estructural.

Si los practicantes de religiones de origen africano no pueden ejercer su religión por miedo a ser perseguidos por el Estado, como ocurre en el caso expuesto, el mensaje que se transmite es el recorte de la libertad religiosa, creando una situación de intolerancia que impide que otras culturas se manifiesten plenamente, y configurando un epistemicidio, que pasa por la negación del conocimiento y la cultura producida por grupos contrahegemónicos.[3]

Obsérvese que el ciclo de violencia racial hunde sus raíces en pautas culturales generalizadas de subyugación étnica y racial en toda la sociedad que han generado una discriminación, unos prejuicios y una desigualdad estructurales históricos que, a su vez, han perpetuado una cultura perversa de dominación racial expresada en un ciclo interminable de violaciones. Por lo tanto, la discriminación racial está presente en el caso presentado.

D. Discriminación por motivos religiosos

1. Las religiones de matriz africana

Como ya se ha explicado, el Estado de Mekinés, a pesar de declararse laico, está muy influido por el cristianismo, el catolicismo y el protestantismo. La mayoría de la población se declara cristiana y tiene prejuicios hacia las religiones que tienen otro origen étnico/racial. En este caso, los practicantes de religiones de matriz africana sufren diversas formas de violencia, tanto por parte de la población como de las Autoridades Públicas.

---

[1] Disponible en: https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial

[2] Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp
Más información sobre la convención: https://www.cirdi2024.org/

[3] CARNEIRO, Aparecida Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento. Tese (Doutorado em Educação junto à Área de Filosofia da Educação) – Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

Aunque el 81% de la población se considera cristiana, la violencia contra minorías raciales es generalizada. Según datos del Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos, en 2019 aumentaron un 56% las denuncias/agresiones basadas en la intolerancia religiosa: 356, frente a solo 211 en 2018. La mayoría de las víctimas eran seguidores de las religiones Candomblé y Umbanda, de matriz africana.

Así pues, la discriminación por motivos religiosos está reconocida por el propio Estado. Como ejemplo, los datos de Discriminación Cero, una línea telefónica adscrita al Ministerio de Justicia señala que, entre 2015 y 2019, se realizaron 2.712 denuncias de violencia religiosa en Mekinés. Entre estas comunicaciones, el 57,5% de las denuncias fueron por agresión a personas que practicaban religiones de base africana. En otras palabras, en Mekines el problema está mayoritariamente relacionado con el racismo, ya que la intolerancia religiosa se práctica en mayor escala contra los seguidores de religiones de origen africana. En 2016, el Ministerio de Derechos Humanos publicó el Informe sobre Intolerancia y Violencia Religiosa en Mekinés (2011 - 2015), en el que constató que la intolerancia religiosa es un problema estructural que se encuentra invisibilizado en la sociedad. Además, señala que a nivel estatal sigue siendo un reto la no existencia de datos suficientes para conocer la dimensión real de este problema.

También es importante destacar los artículos 5(vii) y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.[4]

También es importante destacar que la intolerancia religiosa es un problema global, reconocido incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En una declaración conjunta con la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), se hace un llamamiento expreso a los Estados para que adopten medidas eficaces para promover el respeto de las religiones africanas y afrodescendientes y proteger la integridad de sus líderes y practicantes.[5] La Comisión informa de que las denuncias de persecución y atentados contra la vida e integridad de líderes y practicantes de religiones de origen africano son cada vez más frecuentes, lo que demuestra una clara violación de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, que establece que los Estados deben prevenir, prohibir y sancionar toda restricción o limitación al uso del idioma, las tradiciones, las costumbres y la cultura de las personas, en actividades públicas o privadas.

Además, como ha recordado REDESCA, toda persona tiene derecho a la libertad religiosa, que también ha sido declarada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ya que debe respetarse y protegerse el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales, lo que implica la libertad religiosa.[6]

---

[4] Art. 5: De conformidad con las obligaciones fundamentales enunciadas en el artículo 2, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos: (viii) derecho a la libertad de opinión y de expresión;
Art. 6: Los Estados Partes garantizarán a toda persona sometida a su jurisdicción protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales y otros órganos competentes del Estado contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos individuales y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir ante esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que haya sido víctima a causa de esa discriminación.

[5] Disponible en: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/193.asp

[6] Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/679355

El derecho de toda persona a participar en la vida cultural está reconocido también en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad". Otros instrumentos internacionales se refieren al derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales[7]; al derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural[8]; al derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística[9]; al derecho de acceso a la vida cultural y participación en ella[10]; y al derecho a participar, en igualdad de condiciones que las demás, en la vida cultural[11]. Contienen también importantes disposiciones a este respecto instrumentos relativos a los derechos civiles y políticos[12]; a los derechos de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público[13], y a participar efectivamente en la vida cultural[14]; a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus instituciones culturales, tierras ancestrales, recursos naturales y conocimientos tradicionales[15], y al derecho al desarrollo[16].

2. Prácticas de "brujería"

El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias Philip Alston explicó que la persecución y asesinato de individuos acusados de practicar la llamada "brujería" es un fenómeno importante en muchas partes del mundo, aunque pase bastante desapercibido para los observadores de la situación de los derechos humanos[17]. Luego de reconocer las dificultades objetivas para definir en las diferentes culturas los términos "brujo" y "brujería", el Relator Especial encuentra que "mediante la designación amorfa y manipulable de brujería se señala a determinados individuos (que suelen ser de alguna manera diferentes, temidos o rechazados) que son objeto de actos arbitrarios de violencia perpetrados por particulares o patrocinados o tolerados por los gobiernos. Son demasiados los entornos en que ser calificado de brujo equivale a ser condenado a la pena de muerte"[18].

La calificación de determinado rito como "brujería" suelen entrañar formas graves y sistemáticas de discriminación contra lo diferente[19], incluso en muchos casos contra formas de minorías religiosas no

[7] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5, apartado e) vi).
[8] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 13, apartado c).
[9] Convención sobre los Derechos del Niño, art. 31, párr. 2.
[10] Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 43, párr. 1 g).
[11] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 30, párr. 1.
[12] En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 17, 18, 19, 21 y 22.
[13] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27.
[14] Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, art. 2, párrs. 1 y 2. Véase, asimismo, la Convención marco para la protección de las minorías nacionales (Consejo de Europa, Nº 157), art. 15.
[15] Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular los artículos 5, 8, 10 a 13 y ss. Véase, asimismo, el Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en particular los artículos 2, 5, 7, 8, 13 a 15 y ss.
[16] Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo (resolución 41/128 de la Asamblea General, art. 1. En el párrafo 9 de su Observación general Nº 4, el Comité ha reconocido que los derechos no pueden considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables.
[17] Cfr. Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, 27 de mayo de 2009, párr. 43
[18] Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, 27 de mayo de 2009, párr. 43
[19] Cfr. Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, 27 de mayo de 2009, párr. 51

monoteístas. Así, el Relator Especial Heiner Bielefeldt en su informe sobre la misión a Sierra Leona determinó que "muchos musulmanes y cristianos respetan la religión tradicional africana basándose en la suposición o adscripción de que representa una forma más de espiritualidad monoteísta […] También se encontró con actitudes más reticentes hacia la religión tradicional africana, que algunos oradores asociaban principalmente a prácticas supersticiosas y a una creencia generalizada en la brujería. En varias ocasiones se llegó a cuestionar que la espiritualidad tradicional africana, aunque ciertamente representa una "práctica" cultural, pudiera calificarse realmente de "religión" o "creencia" genuina"[20].

Y concluyó que cualquier medida adoptada contra prácticas tradicionales nocivas "debe combinarse siempre con el respeto a las personas que se adhieren a la espiritualidad tradicional africana. La libertad de religión o creencia, al tiempo que se permiten limitaciones legalmente definidas si son necesarias para proteger los derechos y las libertades de los demás (de conformidad con el derecho internacional) y libertades de los demás (de acuerdo con los criterios del artículo 18, párrafo 3, del del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse en sentido amplio e incluye, claramente, la religión tradicional africana y sus diversas manifestaciones"[21].

3. El ideal de "familia" en una sociedad

El ideal de familia señalado en el caso concreto es el estándar establecido por la cultura eurocéntrica-cristiana. Es decir, una relación heterosexual, que ignora las identidades de género. En el caso, es posible observar que la LGBTIfobia en el Estado de Mekinés es tan fuerte que la orientación sexual de la madre del menor se utiliza como argumento para retirar la custodia a la madre. El padre de la menor denuncia que los familiares del mismo sexo desconstituyen lo que debería considerarse como familia, y que los valores fundamentales se están viendo afectados e influyendo en el menor. Existe una marcada opinión de que las personas LGBTI+ son contrarias a la noción cristiana de la familia tradicional.

E. Discriminación por orientación sexual

Además de la discriminación racial señalada, la discriminación por orientación sexual está constantemente en diálogo en el caso estudiado, lo que muestra la necesidad de un análisis interseccional. Una lógica cristiana como la defendida por el gobierno es excluyente y viola varios derechos humanos ya consolidados en diversos instrumentos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales de derechos humanos.

Como señala el Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal Borloz:[22]

> El Experto Independiente también recomienda que los Estados ratifiquen las convenciones universales y regionales pertinentes que sean conducentes a la plena realización de la protección de las mujeres, en toda su diversidad, frente a la violencia y la

[20] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/25/58/Add.1, 23 de diciembre de 2013, párr. 24.
[21] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/25/58/Add.1, 23 de diciembre de 2013, párr. 58(f)
[22] Disponible en: https://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2021/12/exclusion-LGBTI-ONU.pdf

discriminación, y en particular frente a la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; y que sigan elaborando el corpus iuris para proteger a las mujeres, incluidas las mujeres lesbianas, bisexuales y trans, y las personas LGBT frente a la violência y la discriminación

El Estado tiene la obligación internacional de proteger a las personas LGBTI+, que se ha incumplido al constatar la discriminación sistémica que se postula en el estudio de caso.

F. La invisibiliazación de religiones y creencia y de orientaciones sexuales por parte de los medios de comunicación

Las libertades de religión y creencia son derechos fundamentales garantizados por compromisos internacionales y leyes nacionales en diversas regiones. Sin embargo, estos derechos han sido violados sistemáticamente, como los ataques directos a templos, con invasiones, incendios y destrucción del patrimonio, además de la profanación y demonización de imágenes y objetos sagrados para los practicantes. Aunque el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece expresamente que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que es deber de los Estados garantizar y asegurar el ejercicio seguro de esta práctica, y otras legislaciones internacionales, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) , Documento de Copenhague de la OSCE (Artículo 9) , lo que principalmente han soportado los pueblos de *terreiros de religião* de matriz africana y otros liderazgos religiosos es la desprotección y la reiterada violencia física y psicológica en el ejercicio de su religión, creencia o práctica de culto.

No menos importante, los medios de comunicación no informan ni visibilizan los casos de violencia motivados por la intolerancia religiosa, ni trabajan en la sensibilización y clarificación de los símbolos y prácticas de culto, y en ocasiones operan reforzando estereotipos en el imaginario de la sociedad, atribuyendo delitos y otros aspectos negativos a las prácticas religiosas y otros aspectos negativos que no están vinculados a la religión en sí.

II. Problemáticas centrales y estándares de resolución del caso

A. Aplicación de estándares al caso

1. Incorporación del CIRDI y CERD para la interpretación y análisis transversal del caso del caso

Las violaciones a los derechos humanos expuestas en el caso deben ser comprendidas y analizada en el marco de un patrón de violencia racista estructural e institucionalizada de acuerdo con las normas de derecho internacional establecidas en los artículos 1 de la CERD y 1.4 de la CIRDI. La violencia racista es demostrada a partir de los patrones de violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado por su inacción y omisión frente a los hechos de violencia vividos por las víctimas del caso, particularmente por la persecución dirigida hacia las personas que practican religiones de matriz africana y la falta de respuesta del Estado para proteger los derechos de estas personas.

En este sentido, al interpretar las disposiciones de la CADH se debe tener en cuenta el *corpus juris* internacional sobre protección de las personas afrodescendientes y la prohibición de la discriminación racial. Al respecto, el artículo 29 de la CADH establece las reglas generales de interpretación de la Convención, al indicar que

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
> a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De acuerdo con la Corte IDH, esta disposición hace referencia expresa a normas de derecho internacional general para su interpretación y aplicación, por lo cual, la CADH puede ser interpretada a la luz de otros tratados y normas pertinentes[23].

De este modo, los derechos contenidos en la CADH deberán ser interpretados a la luz de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, "CERD"), ratificada por Mekinés en 1984; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (CIRDI), ratificada en 2019; así como pronunciamientos del Sistema Interamericano sobre la materia.

De acuerdo con la Comisión, los Estados que ratificaron la CADH y la CERD deben cumplir las obligaciones derivadas de dichos instrumentos en conjunción con lo dispuesto en el artículo 29 de la CADH[24]. Considerando que dichas disposiciones y estándares resultan transversales en el examen de la mayoría de las violaciones de derechos humanos alegadas en el presente caso, resulta importante destacar la prohibición de la discriminación racial a la luz de la CERD.

La Comisión ha indicado que las comunidades afrodescendientes se encuentran en situación de discriminación estructural, por lo cual, enfrentan importantes obstáculos en relación con sus derechos humanos, lo que perpetúa su situación de pobreza, exclusión y violencia[25]. Asimismo, ha indicado que existe una estrecha relación entre la situación de discriminación estructural y obstáculos en el acceso a la justicia de la población afrodescendiente, ya que estos obstáculos contribuyen a la persistencia del racismo[26].

---

[23] Corte IDH. Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022. Serie C No. 448., Párrafo 107. Cfr. Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, Párrafo 88.
[24] CIDH. Informe No. 66/06. Caso 12.001. Fondo. Simone André Diniz respecto de Brasil. 21 de octubre de 2006. Párr. 116.
[25] CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 diciembre 2015
[26] CIDH. Situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011.

> [L]a ausencia de garantías judiciales y la falta de sensibilidad de los operadores de justicia en relación con la discriminación racial contribuyen a profundizar la resignación por parte de los grupos discriminados y perpetuar patrones de segregación y exclusión[27].

Así las cosas, la Comisión ha interpretado el concepto de *discriminación* a la luz de la CERD para indicar que se trata de

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color (…) o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[28].

En cuanto al concepto de *discriminación racial*, la Comisión ha utilizado lo dispuesto en el artículo 1 de la CERD para interpretar las disposiciones de la CADH, entendiendo como discriminación racial

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública[29].

Finalmente, el artículo 5 de la CERD dispone que

> los estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:
>
> (…) b) el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución[30];

Así las cosas, la Comisión ha indicado que la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (CIRDI) es un instrumento internacional que fortalece y complementa la CERD[31]. En este sentido, de manera conjunta, la CADH en conjunto con la CERD y la CIRDI posibilitan la protección integral de los derechos humanos de las personas afrodescendientes como grupo históricamente excluido[32].

---

[27] CIDH. Situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011., párr. 139.
[28] CIDH. Informe No. 80/15. Caso 12.689. Fondo. J.S.C.H y M.G.S. México. 28 de octubre de 2015. Párr. 80.
[29] CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 diciembre 2015. Párr. 341.
[30] Artículo 5.b) de la CERD.
[31] CIDH. Informe sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes. Estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural. 16 de marzo de 2021. Párr. 9.
[32] CIDH. Informe sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes. Estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural. 16 de marzo de 2021. Párr. 145.

Además del concepto de discriminación racial, la CIRDI señala que esta puede configurarse de manera directa, indirecta, múltiple o agravada. Asimismo, en su artículo 1.4. define racismo como

> cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial.
>
> El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas.
>
> Toda teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas racistas descritos en el presente artículo es científicamente falso, moralmente censurable y socialmente injusto, contrario a los principios fundamentales del derecho internacional, y por consiguiente perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales y, como tal, es condenado por los Estados Partes[33].

En consecuencia, el artículo 2 de la CIRDI establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley e igual protección contra el racismo y la discriminación racial. Teniendo en cuenta lo anterior, el presente caso debe incorporar de manera transversal los estándares señalados para su análisis y discusión.

2. Interseccionalidad como marco de análisis para el caso

El caso en cuestión muestra una serie de violaciones a los derechos humanos donde concluyen varios factores relativos a la identidad de las víctimas tales como raza, género u orientación sexual. Por tales razones, el caso debe ser entendido y analizado desde la interseccionalidad.

Al respecto, la CIDH ha destacado en sus estándares el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros, y ha señalado que "[e]ste principio ha sido establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, dado que la discriminación y la violencia no siempre afectan en igual medida a todas las mujeres; hay mujeres que están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo"[34]. Asimismo, la CIDH también ha expresado su preocupación por las múltiples formas de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres indígenas y afrodescendientes basada en aspectos de raza, etnia, género y condiciones de pobreza, relacionadas además con el contexto histórico y de desigualdad estructural[35].

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) utilizó el concepto de interseccionalidad por primera vez en el año 2015, en el marco del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, al considerar que había una convergencia de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación asociados con la condición de pobreza de la víctima, el género y el hecho de ser persona con VIH[36]. Adicionalmente, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, la Corte consideró que

---

[33] Artículo 1.4. de la CIRDI.
[34] CIDH (2015). Estándares jurídicos sobre igualdad de género y derechos de las mujeres. 2015, párr. 28
[35] CIDH (2015). Estándares jurídicos sobre igualdad de género y derechos de las mujeres. 2015, párr. 56
[36] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290

respecto de la víctima "habrían confluido en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana, ya que la discriminación experimentada por [ella] sería el resultado del actuar entrecruzado de todas las razones por las que habría sido discriminada"[37].

3. Deber de respetar y garantizar el derecho a la libertad religiosa y de creencia

El derecho a la libertad de religión o de creencias no protege, y de hecho no puede proteger, a las religiones o sistemas de creencias en sí, es decir, sus diversas afirmaciones de la verdad, las enseñanzas, los ritos o las prácticas; sino que empodera a los seres humanos, como personas y en comunidad con otros, que profesan religiones o creencias y deseen definir su vida de conformidad con sus propias convicciones[38].

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General 22 estableció que "el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas"[39].

En cuanto al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos explicó que el artículo 18 reconoce que la libertad de "tener o adoptar" una religión o unas creencias, incluyendo las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia[40]; así como el derecho a cambiar las creencias actuales por otras y el derecho a mantener la religión o las creencias propias[41]. Asimismo, de conformidad con el artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 18, no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias[42].

Asimismo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, esta disposición no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales[43].

4. Obligaciones de los Estados

El Relator Especial Heiner Bielefeld estableció que, como todo derecho, el derecho a la libertad de religión o creencia contiene tres obligaciones principales, a saber: respetar, proteger y cumplir.

En relación con la obligación de respetar el Relator estableció que los Estados deben recordar que los seres humanos, como individuos o en comunidad con otros, "no necesitan permiso del Estado para

[37] Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 276
[38] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 11.
[39] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 1.
[40] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 2.
[41] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 5.
[42] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 3.
[43] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 1.

tener, adoptar, profesar y practicar su religión o sus creencias en privado o en público. Al igual que otros derechos humanos, la libertad de religión o de creencias se deriva del debido respeto a la dignidad humana, que es inherente a todos los seres humanos por igual y, por tanto, exige un respeto incondicional antes de todo acto de aprobación legislativa o administrativa, y, en última instancia, es independiente de este"[44]. Como parte de la segunda de las obligaciones enumeradas, el Estado debe proteger la libertad de religión o de creencias contra los abusos de terceros[45]. Por último, de acuerdo con el Relator Especial, "los Estados deben proporcionar una infraestructura adecuada que permita a todas las personas que vivan bajo su jurisdicción hacer de hecho un uso pleno de sus derechos humanos"[46]. Esta obligación incluye la disponibilidad de recursos adecuados, en particular un sistema judicial independiente y eficiente[47] y la adopción de ajustes razonables para superación de las diversas formas de discriminación, que incluyen tanto la discriminación directa como la indirecta o estructural[48].

El Relator Especial Ahmed Shaheed remarcó que "para alcanzar plenamente la igualdad, en particular con respecto al ejercicio de la libertad de religión o de creencias y lograr ′la igualdad sustantiva´, los Estados no deben limitarse a combatir "la discriminación formal". Si bien suprimir la discriminación formal requiere eliminar los obstáculos a fin de que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por motivos prohibidos, lograr una igualdad sustantiva significa, entre otras cosas, adoptar ´de inmediato las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto´. Además, se necesitarían medidas a largo plazo conducentes a la adopción por el Estado de disposiciones que ofrezcan a las personas pertenecientes a minorías religiosas o de creyentes condiciones que les permitan disfrutar las libertades y los derechos religiosos con carácter permanente y en pie de igualdad con respecto a los miembros de la religión o las creencias mayoritarias"[49]. Por ejemplo, el Relator Especial Heiner Bielefeldt menciona que, si existe un largo historial de exclusión de las instituciones públicas de las personas pertenecientes a minorías religiosas, puede ser necesario tomar medidas especiales para alentar a los miembros de esas minorías a postularse para ocupar cargos públicos, y promover sus oportunidades[50]. Por último, los Estados deben hacer frente a las causas que originan la discriminación por parte de la sociedad, como los estereotipos y los prejuicios existentes contra los miembros de minorías religiosas, y propiciar un clima general de apertura y tolerancia[51].

Los tratados internacionales de derechos humanos a la vez que son reticentes con respecto al tipo de relación que un Estado debería mantener con la religión o las creencias, imponen al Estado el deber de ser garante imparcial del disfrute de la libertad de religión o de creencias, incluido el derecho de no practicar ninguna religión[52].

5. Restricciones al derecho a la libertad de religión o creencias

[44] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 21
[45] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 22.
[46] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 23
[47] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 23
[48] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 20
[49] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/37/49, 28 de febrero de 2018, párr. 36
[50] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 28
[51] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 28
[52] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/37/49, 28 de febrero de 2018, párr. 28

El Relator Especial Heiner Bielefeld recordó que la relación entre un derecho humano a la libertad y sus limitaciones debe seguir siendo una relación entre la norma y la excepción[53]. En este sentido, consideró que "nadie tiene que justificar el ejercicio de su libertad de religión o de creencias, que, debido a su carácter de derecho humano universal, debe respetarse como inherente a todos los seres humanos. La carga de la justificación, más bien, recae en quienes consideran que las limitaciones son necesarias"[54].

El Pacto establece expresamente en el párrafo 3 del artículo 18 la posibilidad de restringir la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, a condición de que tales limitaciones estén prescritas por la ley y sean estrictamente necesarias.

A la hora de interpretar dicho artículo, el Comité de Derechos Humanos fijó que "el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición"[55].

Se debe aclarar que si bien se admiten las restricciones antes mencionadas en relación las manifestaciones de la religión o las creencias (en el forum externum), la dimensión interna de la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias (el forum internum) goza de una protección incondicional con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 del Pacto[56].

Por último, de acuerdo con el Pacto, no se podrá restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral[57].

6. Los derechos de las minorías religiosas

El Comité de Derechos Humanos estableció que "el hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes"[58].

---

[53] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 17
[54] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 17
[55] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 8.
[56] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 17
[57] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 8.
[58] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 9.

De esta forma, el artículo 18 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; sino que la protección alcanza a minorías religiosas[59]. El párrafo 2 del artículo 20 del Pacto reconoce garantías de las minorías religiosas y de otros grupos religiosos a ejercer los derechos garantizados por los artículos 18 y 27 y frente a los actos de violencia o persecución dirigidos contra esos grupos[60]. En este sentido, debemos recordar que la identidad de una persona o grupo deberá definirse siempre con respecto a la percepción que tienen de sí mismos los seres humanos en cuestión[61].

El Relator Especial Heiner Bielefeldt reveló que "todos los Estados apoyan, regulan o limitan la religión y las creencias en alguna medida"[62]. Por ejemplo, muchos gobiernos promueven determinadas religiones con el fin de definir y demarcar su identidad nacional o cultural, incluso Estados que se identifican como "seculares"[63]. Si bien esto puede ser cierto desde un punto de vista histórico, el Relator Especial advierte que "la referencia al papel histórico predominante de una religión concreta puede convertirse fácilmente en un pretexto para dar un trato discriminatorio a los adeptos de otras religiones o creencias"[64].

Las personas pertenecientes a minorías religiosas pueden ser objeto de trato discriminatorio en los procedimientos de familia, tales como el divorcio y la asignación de la custodia de menores[65]. Además de estos supuestos de discriminación directa y abierta que pueden surgir de la preferencia por una determinada religión o creencia, los miembros de las minorías religiosas pueden también ser víctimas de formas encubiertas de discriminación, como la discriminación estructural o indirecta[66]

Por otra parte, las violaciones de los derechos de las personas pertenecientes a minorías religiosas son perpetradas por los Estados o por agentes no estatales, o, con frecuencia, por una combinación de ambos[67].

Entre otras libertades que se le reconocen a las personas pertenecientes a las minorías, el Relator Especial enumera la de educar a sus hijos conforme a su fe[68].

7. La libertad de los padres de enseñar una religión o creencias

El párrafo 4 del artículo 18 del Pacto establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"[69]. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que reconoce la

[59] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 2.
[60] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18). 1993, párr. 9.
[61] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 23
[62] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/37/49, 28 de febrero de 2018, párr. 10
[63] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/71/269, 2 de agosto de 2016, párr. 28
[64] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/19/60, 22 de diciembre de 2011, párr. 62
[65] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 45.
[66] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 29
[67] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 37.
[68] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 23.
[69] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18, párrafo 4.

condición del niño como titular de derechos, también refleja la necesidad del niño de desarrollarse en un medio favorable para ejercer sus derechos. Ese medio favorable suele proporcionarlo la familia[70].

En este sentido, el Relator Especial Heiner Bielefeldt advierte que, si bien son muchas las situaciones de violaciones en las que los derechos del niño y los de sus padres pueden verse afectados al mismo tiempo, los intereses de los padres y los niños no son necesariamente los mismos, como ocurre, por ejemplo, en la esfera de la libertad de religión o de creencias, ya que puede haber situaciones en las que también sea necesario proteger los derechos del niño frente a sus padres[71].

En el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño es la única disposición de este instrumento que reitera la importancia de la evolución de las facultades del niño. De acuerdo con el Relator Especial, "esto significa que el niño siempre debe respetarse, incluso dentro de la familia, como poseedor de unas facultades que evolucionan de forma progresiva y le permiten formar sus propios juicios, ideas y convicciones religiosas o de creencias, así como tomar sus propias decisiones en esa esfera"[72].

En este sentido, los niños deben tener un amplio acceso a información sobre diferentes creencias religiosas o filosóficas, incluso más allá de la confesión de su familia. De acuerdo con el Relator Especial, a partir de una edad o madurez determinadas, los niños merecen ser respetados cuando toman sus propias decisiones sobre la participación en actos de culto, ceremonias u otras actividades religiosas comunitarias, al punto de llegar a ejercer su derecho de tener o adoptar la religión o creencias de su elección[73].

Como parte del derecho de los padres a proporcionar "orientación" al niño en su ejercicio de la libertad de religión o de creencias incluye la socialización religiosa del niño, aunque no de forma inalterable ni incoherente con la evolución de sus facultades[74].

El Relator Especial ha planteado que críticos la Convención sobre los Derechos del Niño han cuestionado que el instrumento concede demasiada importancia a la patria potestad, en particular en lo que se refiere a la libertad de religión o de creencias[75]. Para esta posición, para que el niño mantenga el derecho a la libertad de elección en cuestiones de religión o de creencias, los padres no deberían poder determinar la identidad religiosa del niño iniciándolo en ninguna religión concreta; permitiéndole al niño crecer en un entorno más o menos neutral desde el punto de vista religioso a fin de conservar todas las opciones para su libre determinación en el futuro[76].

De acuerdo con este Relator Especial, "el Estado no puede obligar a los padres a permanecer neutrales desde el punto de vista religioso cuando educan a sus hijos"[77]. Así, explica que "la acogida del recién nacido en la familia y la comunidad en general suele ir acompañada de ritos de iniciación religiosa. Como parte de los procesos de socialización religiosa, estos ritos de iniciación, siempre y cuando tengan lugar con el consentimiento libre de los padres, se incluyen en el derecho a manifestar la religión

[70] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 20
[71] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 14
[72] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 26
[73] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 54
[74] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 33
[75] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 35
[76] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 35
[77] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 36

o creencias de cada uno, que se consagra en el artículo 18 del Pacto[78]. Y concluye: "si bien la protección contra las prácticas nocivas puede ser un argumento para prohibir o limitar la aplicación de determinados ritos de iniciación, en función de las circunstancias específicas del caso, la libertad del niño con respecto a la religión, o el pretendido derecho del niño a permanecer libre de influencias mediante la iniciación religiosa, no pueden utilizarse como argumentos para limitar estas ceremonias religiosas celebradas con el consentimiento libre de los padres de un niño que todavía no ha alcanzado la madurez religiosa"[79].

8. Aplicación neutral del derecho de familia

La Corte Interamericana ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de esta[80]. En este sentido, estableció que una familia puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/orientación sexual[81].

Si bien es cierto que el artículo 17.2 de la Convención American de manera literal reconoce el "derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia", la Corte reconoció que esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia[82]. Para la Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio[83]. Así, la Corte pone como ejemplo que la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de "toda persona" de constituir una familia. Ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de

[78] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 41
[79] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 42

[80] *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, y 172. En ese mismo sentido, véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, 20 de septiembre de 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19 (39º período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 2, y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16 (32º período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), párr. 5.

[81] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 179

[82] Cfr. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 182

[83] Cfr. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 182

familia en particular[84]. Y concluyó: "una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención"[85].

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres, incluso luego de un divorcio[86]. En este sentido, la Corte IDH ha indicado que "el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia"[87].

En relación con la custodia de hijos de parejas conformada por personas con diversas identidades de género y/orientación sexual, la Corte Interamericana estableció que "existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares", entre los que incluyó expresamente este tema[88]. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos determinó que, en caso de disolución del matrimonio, los Estados deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres[89]. También, el Comité de Derechos Humanos estableció en su Observación General 19 que "debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio [y] la custodia de los hijos"[90].

Por último, la Corte IDH estableció que, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, la determinación del interés superior del niño "se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia"[91].

---

[84] [84] Cfr. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 185

[85] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 189

[86] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 63

[87] Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 47

[88] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 197

[89] Comité DHONU. Observación General n.º 17 "Derechos del Niño (art. 24)", 1989, párr. 6.

[90] Comité DHONU. Observación General n.º 19 "Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (art. 23)", 1990, párr. 9

[91] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109.

Por otra parte, la Corte Interamericana también reconoció que "la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico" y que, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas[92]. Sin embargo, a continuación, aclaró que estas convicciones no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos[93].

Se ha documentado que en muchos Estados el derecho de familia refleja las hegemonías religiosas o ideológicas tradicionales, causando de esta forma una discriminación sistemática basada en la religión o las creencias. Allí, de acuerdo con el Relator Especial, las reformas del derecho de familia destinadas a eliminar esta discriminación por razón de religión o creencias deben ser una prioridad[94]. Incluso recomendó que los jueces que se ocupen del derecho de familia deberían recibir formación basada en todos los instrumentos de derechos humanos pertinentes[95].

Por ejemplo, el Relator Especial advirtió que en los casos en que los dos padres profesen religiones o creencias diferentes, estas diferencias no pueden servir en sí mismas como argumento para tratar a los padres de forma diferente[96]. Así, se ha recibido información[97] de casos en que tribunales de familia y tribunales religiosos han adjudicado la custodia de los hijos en forma sesgada en contra de uno de los progenitores que pertenecía a una minoría religiosa[98].

9. Prácticas nocivas

Una cuestión muy controvertida tiene que ver con las prácticas nocivas. Estas prácticas a veces se invocan únicamente para restringir el ejercicio de derechos de una minoría religiosa.

La acogida del recién nacido en la familia y la comunidad en general suele ir acompañada de ritos de iniciación religiosa como parte de los procesos de socialización religiosa. Estos ritos de iniciación, cuando son considerados "prácticas nocivas", incluso cuando cuenten con el consentimiento libre de los padres, pueden ser limitado si se considera necesario, siempre que se cumplan con los criterios que se enumeran en el artículo 18, párrafo 3, del Pacto y se reiteran en el artículo 14, párrafo 3, de la

[92] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 223.

[93] Cfr. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 223.

[94] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 65

[95] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 65

[96] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 64

[97] En Serbia, los testigos de Jehová informaron de que algunos de sus miembros habían perdido la custodia de sus hijos en procedimientos de divorcio con un cónyuge que no era testigo de Jehová (A/HRC/13/40/Add.3, párr. 24). El tribunal religioso chiíta del Reino de Bahrein denegó a una mujer que pertenecía supuestamente a la comunidad safara el derecho a la custodia de sus hijos tras su divorcio (A/HRC/16/53/Add.1, párrs. 25 a 32)

[98] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/22/51, 24 de diciembre de 2012, párr. 54

Convención sobre los Derechos del Niño. Estas restricciones deben aplicarse con la debida diligencia empírica y normativa, y quienes se vean afectados por las limitaciones deben tener acceso a recursos legales efectivos cuando denuncien la violación de sus derechos humanos[99].

Así, el Relator Especial explicó que "cualesquiera que sean las razones, las prácticas nocivas no pueden justificarse nunca como manifestaciones legítimas de la libertad de religión o de creencias"[100]. El Relator Especial citó como posibles ejemplos de prácticas nocivas las "ataduras, arañazos, marcas con objetos candentes/marcas tribales, castigo corporal, lapidación, ritos iniciáticos violentos"[101].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño establecieron que "la obligación de ofrecer protección requiere que los Estados parte establezcan estructuras jurídicas para asegurar que las prácticas nocivas se investiguen con prontitud, imparcialidad e independencia, que se haga cumplir la ley con eficacia y que se concedan reparaciones efectivas a quienes se han visto perjudicados por dichas prácticas"[102]

[99] Cfr. Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 70
[100] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 70
[101] Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/70/286, 5 de agosto de 2015, párr. 67
[102] Recomendación general núm. 31 (2014) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta