

**VOTO CONCORRENTE DA JUÍZA CECILIA MEDINA QUIROGA EM RELAÇÃO À  
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO  
GONZÁLEZ E OUTRAS (“CAMPO ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO, DE 16 DE  
NOVEMBRO DE 2009**

1. Mesmo quando concordo com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Tribunal”) neste caso, no sentido de que existe uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”), não concordo com o fato de que a Corte não tenha qualificado como tortura as ações perpetradas contra as vítimas.

2. Sob um ponto de vista prático-jurídico, não há maiores diferenças em qualificar ou não uma conduta como tortura. Tanto a tortura como os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são violações de um direito humano e todos estes atos são regulamentados praticamente da mesma maneira. Sem prejuízo disso, a Corte não vacilou em outros casos em qualificar uma conduta como tortura, frequentemente sem mencionar as razões pelas quais o fez, e se observa que o elemento principal é o da severidade da ação e como a mesma afeta a vítima. É a conduta, em geral, a que determina a distinção entre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A razão de qualificar um ato como tortura obedece ao maior estigma em designá-lo em relação a outros, também incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção.

3. A Corte decidiu explicitar os requisitos que eram exigidos para a ocorrência de tortura no Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*, entendendo que se está diante de um ato constitutivo de tortura quando o maltrato é: a) intencional; b) cause severos sofrimentos físicos ou mentais, e c) seja cometido com determinado fim ou propósito.<sup>1</sup> Se analisamos estes três elementos veremos que o primeiro e o terceiro podem se encontrar presentes em outros tratamentos incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção. A intencionalidade se refere à consciência do sujeito de que está realizando um ato que irá causar um sofrimento ou um sentimento de humilhação e o propósito se refere às razões pelas quais o executa: dominação, discriminação, sadismo, alcance de alguma ação ou omissão da vítima ou outros. Ambos os elementos podem existir nos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Portanto, o que realmente distingue a tortura de outros tratamentos, nos termos em que foi formulado pela Corte no Caso *Bueno Alves*, é a severidade do sofrimento físico ou mental.

4. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “Tribunal Europeu”) adotou precisamente essa posição. Nesse sentido, no Caso *Irlanda Vs. Reino Unido* decidiu que a tortura se refere a “um tratamento desumano que causa sofrimento muito sério e cruel”.<sup>2</sup>

5. A Observação Geral 20 ao Artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “o Pacto”), do Comitê de Direitos Humanos,<sup>3</sup> sustenta que a distinção entre as diferentes formas de tratamento a que faz referência o Pacto

---

<sup>1</sup> Cf. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 164, par. 79, e *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 81.

<sup>2</sup> Cf. *European Court of Human Rights, Case of Ireland v. The United Kingdom, (Application N° 5310/71) Judgment Strasbourg, 18 January 1978*, para. 167.

<sup>3</sup> Cf. *General Comment N° 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92 CCPR General Comment N°20*.

“depende da classe, propósito e severidade do tratamento particular.”<sup>4</sup> Esse mesmo Comitê não fez distinções entre os diversos tipos de conduta quando argumentou na Observação indicada que:

A finalidade das disposições do artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é proteger a dignidade e a integridade física e mental da pessoa. O Estado Parte tem o dever de oferecer a toda pessoa, por meio das medidas legislativas e de outra natureza, a proteção necessária contra os atos proibidos pelo artigo 7, sejam infligidos por pessoas que atuem no desempenho de suas funções oficiais, à margem destas funções ou inclusive a título privado.<sup>5</sup>

6. O Tribunal Europeu tampouco fez qualquer distinção no recente Caso *Opuz Vs. Turquia*,<sup>6</sup> no qual argumentou:

Em relação à questão de se o Estado pode ser considerado responsável, sob o artigo 3, pelos maus-tratos infligidos a pessoas por parte de atores não estatais, a Corte recorda que a obrigação dos Estados Partes conforme o artigo 1 da Convenção, de assegurar a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades consagrados na Convenção, conjuntamente com o artigo 3, requer dos Estados que tomem medidas elaboradas para assegurar que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam objeto de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo maus-tratos perpetrados por indivíduos privados (ver, *mutatis mutandi*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports* 1997-III). Particularmente, as crianças e outros indivíduos vulneráveis têm direito à proteção por parte do Estado, em forma de dissuasão efetiva, contra aquelas violações sérias à integridade pessoal (ver *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, *Reports* 1998-VI).<sup>7</sup>

7. Como se pode observar, nenhuma destas decisões ou interpretações faz alusão ao requisito da exigência da participação ativa, aquiescência ou tolerância, ou inação de um agente estatal. Esse é um requisito agregado pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “a CIPST”) e pela Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (doravante denominada “Convenção contra a Tortura”). Ambas as Convenções são posteriores à Convenção Americana, tendo entrado em vigor em 1987.

8. Ao ler os parágrafos 218, 219, 220 e 230 desta decisão, pode-se advertir que as três vítimas sofreram graves agressões físicas e, muito provavelmente, violência sexual de algum tipo antes de sua morte. A descrição do estado dos cadáveres, ainda que tenha sido feita de maneira ineficiente nos primeiros momentos, mostra a magnitude do tratamento que lhes foi infligido, de modo que os fatos permitiam ser considerados como atos de tortura.

9. Não parece, pois, haver justificativa ao fato de que o tratamento que foi aplicado à três vítimas deste caso não tenha sido qualificado como tortura, salvo o fato de que a Corte considerou que não era possível concluir que um Estado pudesse ser responsável por um ato de tortura se não havia prova de que este houvesse sido perpetrado por agentes do Estado ou houvesse sido realizado quando um empregado

<sup>4</sup> Cf. General Comment N° 20, par. 4, nota 3 *supra*.

<sup>5</sup> Cf. General Comment N° 20, par. 2, nota 3 *supra*. Também faz referência a atos de tortura cometidos por particulares no par. 13 da mesma Observação Geral, no sentido de que:

[a]o apresentar seus relatórios, os Estados Partes deverão indicar as disposições de seu direito penal que sancionam a tortura e os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos e degradantes, e especificar as sanções aplicáveis a esses atos, sejam estes cometidos por funcionários públicos ou outras pessoas que atuem em nome do Estado ou por particulares. Serão considerados responsáveis quem viole o artigo 7, seja alentando, ordenando ou perpetrando atos proibidos.

<sup>6</sup> Cf. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, (Application N° 33401/02), Judgment Strasbourg, 9 June 2009, para. 159. Ver também *Case of Z and others v. the United Kingdom (Application N° 29392/95)*, Judgment Strasbourg 10 May 2001, par. 73-

<sup>7</sup> Cf. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, par. 159, nota 6 *supra*.

ou funcionário público, podendo impedir o ato, não o houvesse feito (artigo 3.a<sup>8</sup> da CIPST) ou, nos termos do artigo 1<sup>9</sup> da Convenção contra a Tortura, o ato houvesse sido realizado com a aquiescência de um agente do Estado.

10. Com relação à formulação da Convenção contra a Tortura, é suficiente dizer que o próprio Comitê contra a Tortura, criado por esta Convenção, afirmou que:

quando as autoridades do Estado [...] têm conhecimento ou motivos fundados para acreditar que sujeitos privados ou atores não estatais perpetraram atos de tortura ou maus-tratos e não exercem a devida diligência para impedir, investigar, julgar e castigar estes sujeitos privados ou atores não estatais [...] o Estado é responsável [...] por consentir ou tolerar esses atos inaceitáveis. A negligência do Estado à hora de intervir para por fim a esses atos, punir os autores e oferecer reparação às vítimas da tortura facilita e faz possível que os atores não estatais cometam impunemente atos proibidos pela Convenção, de modo que a indiferença ou inação do Estado constitui uma forma de incitação e/ou de autorização de fato. O Comitê aplicou este princípio aos casos em que os Estados Partes não impediram atos de violência de gênero, como a violação, a violência no lar, a mutilação genital feminina ou o tráfico, ou não protegeu as vítimas.<sup>10</sup>

11. Também o Relator especial sobre a questão da tortura, referindo-se ao artigo 1 da Convenção contra a Tortura, que consagra obrigações similares ao citado artigo 3 da CIPST, afirmou que:

a violência contra a mulher à margem do controle direto do Estado tem sido utilizada com frequência para excluir do âmbito de proteção que dispõe a Convenção. Entretanto, [este artigo,] quando fala de consentimento ou aquiescência do funcionário público[,] faz extensivas claramente as obrigações do Estado à esfera privada e deveria se entender que abarca a falta de proteção por parte do Estado das pessoas que estejam dentro de sua jurisdição contra a tortura e os maus tratos por particulares.<sup>11</sup>

12. Em relação à CIPST, três pontos são pertinentes de destaque. O primeiro é que a Convenção Americana, vigente desde julho de 1978, não contém uma definição desta conduta e que a Corte teve de construí-la em conformidade com suas faculdades como órgão autorizado para dar uma interpretação autêntica às disposições desse tratado, de modo que o conceito de tortura do Tribunal, explicitado ou não explicitado

<sup>8</sup> O artigo 3 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece:

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a. os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam.
- b. as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

<sup>9</sup> O artigo 1.1 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece:

Para os efeitos da presente Convenção, o termo "tortura" significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou por qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

<sup>10</sup> Comitê contra a tortura, Observação Geral N° 2 sobre aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, documento CAT/C/GC/2, de 24 de janeiro de 2008, par. 18.

<sup>11</sup> *Relatório 2008 do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, Manfred Nowak, doc. A/HRC/7/3 de 15 de janeiro de 2008, par. 31.

nas decisões, mas presente na mente dos julgadores, não deve ser necessariamente igual ao destas convenções e não deve ser aplicado inexoravelmente. O segundo é que nem todos os Estados partes da Convenção Americana o são da CIPST, de maneira que a Corte, até hoje, pode estar enfrentada a conhecer de um caso de tortura sem poder aplicar essa Convenção diretamente. De fato, nesta decisão não é aplicada a Convenção Interamericana contra a Tortura, nem esta é utilizada para iluminar a interpretação das normas da Convenção Americana. O terceiro recorda que o próprio Tribunal determinou que, após considerar o conceito de tortura desenvolvido no sistema europeu de direitos humanos e a definição prevista na CIPST, havia chegado à conclusão de “que foi conformado um verdadeiro regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura”,<sup>12</sup> tanto física como psicológica.<sup>13</sup>

13. Havendo sido formulado um *corpus juris* internacional, é procedente ver como é aplicado para dar a maior proteção aos direitos humanos dos indivíduos. Talvez o melhor resumo da posição que possa ser adotado neste caso, que é um caso de violação grave da integridade de duas meninas e uma jovem mulher – por si mesmas pertencentes a um setor colocado pela sociedade em um estado de vulnerabilidade, que por sua vez é permitido pelo Estado -, se encontra em uma decisão do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (doravante denominado “Tribunal para a antiga Iugoslávia”).

14. No Caso *Prosecutor Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*,<sup>14</sup> o Tribunal para a antiga Iugoslávia acode, no parágrafo 479, à jurisprudência do Tribunal Europeu<sup>15</sup> e, no parágrafo 482, a sua própria jurisprudência<sup>16</sup> para argumentar que a definição da Convenção contra a Tortura não constitui uma norma de direito consuetudinário. A definição contida nessa Convenção somente pode ser utilizada na medida em que outros instrumentos internacionais ou leis nacionais não deem ao indivíduo uma proteção mais ampla, ou melhor. Isto repete, ademais, uma das normas básicas da aplicação dos instrumentos de direitos humanos que se encontra no artigo 29.b.<sup>17</sup> da Convenção Americana e no artigo 5.2<sup>18</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

---

<sup>12</sup> *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112. Ver também *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 20 de junho de 2005. Série C N° 126, par. 117, e *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160, par. 271.

<sup>13</sup> *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares.* Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 103. Igualmente, *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito.* Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C N° 69, par. 102; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C N° 103, par. 92; *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112.

<sup>14</sup> *Cf. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Judgment of 22 February 2001.*

<sup>15</sup> *Costello-Roberts v. UK, 25 Mar 1993, Séries A, No 247-C, paras. 27-28; HLR v. France, 29 Apr 1997, Reports 1997-III, p. 758, para. 40; and A v. UK, 23 Sept 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2692, para. 22.*

<sup>16</sup> *Cf. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial Chamber, Prosecutor v Furundžija, Case IT-95-17/1-T, Judgment, 10 Dec 1998, para. 160.*

<sup>17</sup> O artigo 29.b da Convenção estabelece:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

15. O Tribunal para a antiga Iugoslávia, depois de examinar o conjunto de normas e regras que se referem à tortura, chega, por um lado, à conclusão, que compartilho, de que há três elementos na tortura que não são objetados e que constituem, por conseguinte, *jus cogens*: i) o sofrimento ou dor severos, físicos ou mentais, seja por ação ou omissão; ii) a intencionalidade do ato e iii) a motivação ou fim do ato para alcançar algo.<sup>19</sup> Por outro lado, há três elementos que permanecem em contenção e, portanto, não formam parte do *jus cogens*: i) a lista de motivações pelas quais o ato é cometido; ii) a necessidade de que o ato seja cometido em conexão com um conflito armado; e iii) o requisito de que o ato seja perpetrado ou instigado por um agente do Estado ou seja realizado com seu consentimento ou aquiescência.<sup>20</sup>

16. Todo este raciocínio me leva a argumentar que a Corte não está obrigada a aplicar ou a se guiar nem pela definição da CIPST nem pela da Convenção contra a Tortura, mas que deveria fazer prevalecer a concepção do *jus cogens*, visto que essa estabelece a melhor proteção para as vítimas de tortura. Recordo, ademais, que o artigo 16 da CIPST dispõe que essa Convenção “deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura”, de modo que interpretar a tortura se afastando desta Convenção não constitui um descumprimento da mesma, mas, pelo contrário, sua aplicação fiel.

17. Se a Corte é independente para definir a tortura e, portanto, não necessita integrar como um elemento do conceito da mesma a participação por ação ou omissão de um agente do Estado (nem necessita tampouco interpretar de maneira estrita o conceito de aquiescência, visto que neste caso – baseando-me nos fatos – sustento que usando o conceito de aquiescência do Comitê contra a Tortura havia aquiescência do Estado) o único problema que deveria ser analisado é se é possível atribuir ao Estado o fato de não ter cumprido sua obrigação de garantir a integridade pessoal das vítimas diante da possibilidade da tortura. Não necessito repetir o que a Corte disse em muitas decisões, e que reitera nesta Sentença, que a obrigação de garantir requer o dever de prevenir.

18. A decisão neste caso estabelece dois momentos em que o Estado não cumpriu esse dever completamente. O primeiro é anterior ao desaparecimento das vítimas e não se refere à obrigação de impedir que essas três vítimas fossem sequestradas; isso seria desproporcional. O que sim podia ser exigido é que desde o momento em que o Estado teve conhecimento oficial (não menciono o não oficial), ou seja, pelo menos desde o momento em que a Comissão Nacional de Direitos Humanos advertiu oficialmente sobre a existência do padrão de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, existiu ausência de políticas destinadas a tentar reverter a situação.

19. O segundo momento, que é o que me interessa para este voto, é o período entre o momento em que as três vítimas desapareceram e a resposta do Estado a

---

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em conformidade com as leis de qualquer dos Estados Partes ou em conformidade com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

18 O artigo 5.2 do Pacto estabelece:

Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo Estado Parte no presente Pacto em aplicação de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

19 Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 483, nota 14 *supra*.

20 Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 484, nota 14 *supra*.

esse desaparecimento, que foi, em conformidade com a decisão, completamente tardia e até hoje insuficiente. A Corte reconhece no parágrafo 283 da decisão que o Estado “teve conhecimento de que existia um risco real e imediato de que as vítimas fossem agredidas sexualmente, submetidas a abusos e assassinadas”, e que, por conseguinte, “considera que ante tal contexto surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias”.

20. Se a Corte tivesse concluído que o Estado era neste caso responsável pela tortura a que foram submetidas as vítimas, o Tribunal teria seguido a tendência de outros órgãos de supervisão internacionais, já citados, que vêm instituindo uma tendência em relação à responsabilidade dos Estados por atos de tortura cometidos por agentes não estatais, o que, considero, teria constituído um importante desenvolvimento e esclarecimento sobre um tema em relação ao qual a Corte, com certeza, deverá continuar se ocupando.

Cecilia Medina Quiroga

Juíza

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário