

**VOTO CONCURRENTENTE DE LA JUEZA CECILIA MEDINA QUIROGA EN RELACIÓN
CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS EN EL CASO GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") VS.
MÉXICO, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2009.**

1. Aun cuando concuerdo con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte" o "Tribunal") en este caso, en el sentido de que existe una violación del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana" o "Convención"), no concuerdo con el hecho de que la Corte no haya calificado como tortura las acciones perpetradas en contra de las víctimas.

2. Desde un punto de vista práctico-jurídico no hay mayores diferencias en calificar o no una conducta como tortura. Tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos o degradantes son violaciones de un derecho humano y todos estos actos se regulan prácticamente de la misma manera. Sin perjuicio de esto, la Corte no ha vacilado en otros casos en calificar una conducta como tortura, a menudo sin mencionar las razones por las cuales lo ha hecho y se advierte que el elemento principal es el de la severidad de la acción y cómo la misma afecta a la víctima. Es la conducta, en general, la que determina la distinción entre tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. La razón de calificar un acto como tortura obedece al mayor estigma que se asigna a éste en relación con otros también incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención.

3. La Corte decidió explicitar los requisitos que se exigían para que hubiera tortura en el caso *Bueno Alves Vs. Argentina*, entendiéndose que se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato es: a) intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con determinado fin o propósito¹. Si analizamos estos tres elementos, veremos que el primero y el tercero pueden hallarse presentes en otros tratamientos incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención. La intencionalidad se refiere a la conciencia del sujeto de que está realizando un acto que va a causar un sufrimiento o un sentimiento de humillación y el propósito se refiere a las razones por las cuales lo ejecuta: dominación, discriminación, sadismo, logro de alguna acción u omisión de la víctima u otros. Ambos elementos pueden existir en los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, lo que realmente distingue la tortura de otros tratos, en los términos en que se formuló por la Corte en el caso *Bueno Alves*, es la severidad del sufrimiento físico o mental.

4. La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea") adoptó precisamente esa posición. En este sentido, en el caso *Irlanda Vs. Reino Unido*, decidió que la tortura se refiere a "un trato inhumano que causa sufrimiento muy serio y cruel"².

5. La Observación General 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto"), del Comité de Derechos Humanos³,

¹ Cfr. *Caso Bueno Alves Vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No.164, párr. 79, y *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 81.

² Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, (Application no. 5310/71) Judgment Strasbourg, 18 January 1978, para. 167.

³ Cfr. General Comment No. 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92 CCPR General Comment No.20.

sostiene que la distinción entre las distintas formas de tratamiento a las que hace referencia el Pacto "depende de la clase, propósito y severidad del tratamiento particular"⁴. Ese mismo Comité no hizo distinciones entre los diversos tipos de conducta cuando sostuvo en la Observación señalada que:

La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado⁵

6. Tampoco hizo distinción alguna la Corte Europea en el reciente caso *Opuz Vs. Turquía*⁶, donde sostuvo:

En cuanto a la cuestión de si puede considerarse al Estado responsable, bajo el artículo 3, por los malos tratos infligidos a personas por parte de actores no estatales, la Corte recuerda que la obligación de los Estados Partes conforme al artículo 1 de la Convención de asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades consagrados en la Convención, conjuntamente con el artículo 3, requiere de los Estados que tomen medidas diseñadas para asegurar que los individuos bajo su jurisdicción no sean objeto de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo malos tratos perpetrados por individuos privados (ver, *mutatis mutandi*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports* 1997-III). Particularmente, los niños y otros individuos vulnerables tienen derecho a protección por parte del Estado, en forma de disuasión efectiva, contra aquellas violaciones serias a la integridad personal (ver *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, *Reports* 1998-VI)⁷.

7. Como puede observarse, ninguna de estas decisiones o interpretaciones hace alusión al requisito de la exigencia de la participación activa, la aquiescencia o tolerancia, o la inacción de un agente estatal. Ese es un requisito agregado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante "la CIPST") y por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante "Convención contra la Tortura"). Ambas Convenciones son posteriores a la Convención Americana, habiendo entrado en vigor en 1987.

8. Si se leen los párrafos 218, 219, 220 y 230 de este fallo, puede advertirse que las tres víctimas sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte. La descripción del estado de los cadáveres, aunque fue hecha de manera ineficiente en los primeros momentos, muestra la magnitud del tratamiento que se les infligió, de modo que los hechos permitían ser considerados como actos de tortura.

⁴ Cfr. General Comment No. 20, *supra* nota 3, párr. 4.

⁵ Cfr. General Comment No. 20, *supra* nota 3, párr. 2. También hace referencia a actos de tortura cometidos por particulares en el párr. 13 de la misma Observación General, en el sentido de que

[a] presentar sus informes, los Estados Partes deberán indicar las disposiciones de su derecho penal que sancionan la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes, y especificar la sanciones aplicables a esos actos, sean éstos cometidos por funcionarios públicos u otras personas que actúen en nombre del Estado o por particulares. Serán considerados responsables quienes violen el artículo 7, ya sea alentando, ordenando o perpetrando actos prohibidos

⁶ Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, (Application no. 33401/02), Judgment Strasbourg, 9 June 2009, para. 159. Ver también *Case of Z and others v. the United Kingdom (Application no. 29392/95)*, Judgment Strasbourg 10 May 2001, párr. 73-

⁷ Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, *supra* nota 6, párra. 159.

9. No parece pues, haber justificación al hecho de que el tratamiento que se aplicó a las tres víctimas de este caso no se haya calificado como tortura, salvo el hecho de que la Corte consideró que no era posible encontrar que un Estado pudiera ser responsable de un acto de tortura si no había prueba de que éste hubiera sido perpetrado por agentes del Estado o se hubiera llevado a cabo cuando un empleado o funcionario público pudiendo impedir el acto no lo hubiera hecho (artículo 3.a⁸ de la CIPST) o, en los términos del artículo 1⁹ de la Convención contra la Tortura, el acto se hubiera realizado con la aquiescencia de un agente del Estado.

10. Con respecto a la formulación de la Convención contra la Tortura, baste decir que el propio Comité contra la Tortura, creado por dicha Convención, ha sostenido que:

cuando las autoridades del Estado [...] tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales [...] el Estado es responsable [...] por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas¹⁰.

11. También el Relator especial sobre la cuestión de la tortura, refiriéndose al artículo 1 de la Convención contra la Tortura, que consagra obligaciones similares al citado artículo 3 de la CIPST, señaló que

se ha utilizado con frecuencia para excluir del ámbito de protección que dispone la Convención la violencia contra la mujer al margen del control directo del Estado. No obstante, [dicho artículo,] cuando habla de consentimiento o aquiescencia del funcionario público[,] hace extensivas claramente las obligaciones del Estado a la esfera privada y debería entenderse que

⁸ El artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece:

Serán responsables del delito de tortura:

a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

⁹ El artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

¹⁰ Comité contra la tortura, Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, documento CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008, párr. 18..

abarca la falta de protección por parte del Estado de las personas que estén dentro de su jurisdicción contra la tortura y los malos tratos por particulares¹¹.

12. En cuanto a la CIPST, tres puntos son pertinentes de destacar. El primero es que la Convención Americana, vigente desde julio de 1978, no contiene una definición de esta conducta y que la Corte ha debido construirla de acuerdo a sus facultades como órgano autorizado para dar una interpretación auténtica de las disposiciones de ese tratado, por lo que el concepto de tortura del Tribunal, explicitado o no explicitado en los fallos, pero presente en la mente de los juzgadores, no debe ser necesariamente igual al de dichas convenciones y no debe ineludiblemente ser aplicado. El segundo es que no todos los Estados partes de la Convención Americana lo son de la CIPST, por lo que la Corte hasta hoy puede estar enfrentada a conocer de un caso de tortura sin poder aplicar esa Convención directamente. De hecho, en este fallo no se aplica la Convención Interamericana contra la Tortura, ni se utiliza para iluminar la interpretación de las normas de la Convención Americana. El tercero recuerda que el propio Tribunal determinó que, tras considerar el concepto de tortura desarrollado en el sistema europeo de derechos humanos y la definición prevista en la CIPST, había llegado a la conclusión de "que se ha formado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura"¹², tanto física como psicológica¹³.

13. Habiéndose formulado un *corpus juris* internacional, es procedente ver cómo se aplica para dar la mayor protección a los derechos humanos de los individuos. Quizás el mejor resumen de la posición que se pueda adoptar en este caso, que es un caso de violación grave de la integridad de dos niñas y una joven mujer- de por sí pertenecientes a un sector colocado por la sociedad en un estado de vulnerabilidad, que a su vez es permitido por el Estado -, se encuentra en un fallo de la Corte Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (en adelante "Tribunal para la Ex-Yugoslavia").

14. En el caso *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*¹⁴, el Tribunal para la Ex-Yugoslavia acude, en el párrafo 479, a la jurisprudencia de la Corte Europea¹⁵ y, en el párrafo 482, a su propia

¹¹ Informe 2008 del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, doc. A/HRC/7/3 de 15 de enero de 2008, párr. 31.

¹² Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 112. Ver también Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 117, y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271.

¹³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 103. Igualmente, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 102; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 112.

¹⁴ Cfr. 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.

¹⁵ *Costello-Roberts v. UK*, 25 Mar 1993, Series 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.

jurisprudencia¹⁶ para sostener que la definición de la Convención contra la Tortura no constituye una norma de derecho consuetudinario. La definición contenida en esa Convención sólo puede ser utilizada en la medida en que otros instrumentos internacionales o leyes nacionales no den al individuo una protección más amplia o mejor. Ésto repite, por lo demás, una de las normas básicas de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos que se encuentra en el artículo 29.b.¹⁷ de la Convención Americana y en el artículo 5.2¹⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

15. El Tribunal para la Ex-Yugoslavia, después de examinar el conjunto de normas y reglas que se refieren a la tortura, llega, por una parte, a la conclusión, que comparto, de que hay tres elementos en la tortura que no son objetados y que constituyen, por consiguiente, *jus cogens*: i) el sufrimiento o dolor severos, físicos o mentales, ya sea por acción u omisión; ii) la intencionalidad del acto y iii) la motivación o fin del acto para conseguir algo¹⁹. Por otra parte, hay tres elementos que permanecen en contienda y, por lo tanto, no forman parte del *jus cogens*: i) la lista de motivaciones por las cuales el acto se comete; ii) la necesidad de que el acto se cometa en conexión con un conflicto armado; y iii) el requisito de que el acto sea perpetrado o sea instigado por un agente del Estado o se realice con su consentimiento o aquiescencia²⁰.

16. Todo este razonamiento me lleva a sostener que la Corte no está obligada a aplicar o a guiarse ni por la definición de la CIPST ni por la de la Convención contra la Tortura, sino que debería hacer prevalecer la concepción del *jus cogens*, puesto que ella establece la mejor protección para las víctimas de tortura. Recuerdo, por lo demás, que el artículo 16 de la CIPST dispone que esa Convención "deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura", de modo que interpretar la tortura apartándose de dicha Convención no constituye un incumplimiento de la misma sino, por el contrario, su aplicación fiel.

17. Si la Corte es independiente para definir la tortura y por lo tanto no necesita integrar como un elemento del concepto de la misma la participación por acción u omisión de un agente del Estado (ni necesita tampoco interpretar de manera

¹⁶ Cfr. 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.

¹⁷ El artículo 29.b de la Convención establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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;

¹⁸ El artículo 5.2 del Pacto establece:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

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

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

estrecha el concepto de aquiescencia, puesto que en este caso – basándome en los hechos - sostengo que usando el concepto de aquiescencia del Comité contra la Tortura había aquiescencia del Estado) el único problema que debería analizarse es si es posible atribuirle al Estado el no haber cumplido con su obligación de garantizar la integridad personal de las víctimas frente a la posibilidad de la tortura. No necesito repetir lo que la Corte ha dicho en numerosos fallos y que reitera en éste en cuanto a que la obligación de garantizar requiere el deber de prevenir.

18. El fallo en este caso establece dos momentos en que el Estado no cumplió con ese deber a cabalidad. El primero es el de antes de la desaparición de las víctimas y no se refiere a la obligación de impedir que esas tres víctimas fueran secuestradas; ello sería desproporcionado. Lo que sí se podía exigir es que desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento oficial (no menciono el no oficial), es decir, por lo menos desde el momento en que la Comisión Nacional de Derechos Humanos advirtió oficialmente sobre la existencia del patrón de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, hubo una ausencia de políticas destinadas a intentar revertir la situación.

19. El segundo momento, que es el que me interesa para este voto, es el lapso entre el momento en que las tres víctimas desaparecieron y la respuesta del Estado frente a esa desaparición, que fue, de acuerdo al fallo, completamente tardía y hasta hoy insuficiente. La Corte reconoce en el párrafo 283 del fallo que el Estado “tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas”, y que, por consiguiente, “considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”.

20. Si la Corte hubiera concluido que el Estado era en este caso responsable de la tortura a la que fueron sometidas las víctimas, el Tribunal hubiera seguido la tendencia de otros órganos de supervisión internacionales, ya citados, que han venido instituyendo una tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales, lo que, estimo, hubiera constituido un importante desarrollo y aclaración de un tema sobre el cual la Corte con certeza deberá seguir ocupándose.

Cecilia Medina Quiroga

Jueza

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario