



CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



**Boletín de Jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos**

2/2010



INDICE

■	Editorial	1
■	I. Casos y Hechos	2
■	II. Derecho a la Integridad Personal	7
■	III. Derecho a la Libertad Personal	7
■	IV. Derecho a la Protección Judicial	10
■	V. Derecho al Debido Proceso	11
■	VI. Derecho a la Igualdad y No Discriminación	13
■	VII. Comentario de Fondo	14



Programa Estado de Derecho

El Centro de Derechos Humanos (CDH) es un órgano académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es contribuir al progreso, enseñanza y difusión de la disciplina de los Derechos Humanos, entendida en su acepción más amplia, esto es, comprensiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Refugiados.

El tema de los Derechos Humanos ha estado en el centro de las preocupaciones, debates y controversias políticas y jurídicas que han marcado la historia reciente de Chile y América. Actualmente, el desafío es dotar a esta temática de sólidos fundamentos jurídicos y académicos con una clara visión de futuro. El CDH asume este reto y se propone orientar sus esfuerzos al servicio del desarrollo de una cultura de los derechos humanos en nuestro país y en nuestra región.

El Programa Estado de Derecho ha sido diseñado con miras a la construcción de una cultura de respeto y protección de los derechos humanos por parte de los Estados de la región, acorde con el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Esto supone, para las democracias latinoamericanas, la necesidad de adecuar aspectos orgánicos, sustantivos y procedimentales a las obligaciones internacionales que han contraído en esta materia.

Este programa se estructura en torno a dos ejes temáticos. Por una parte, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano. Y por otra, las capacidades internas de los Estados en materia de Derechos Humanos. Nuestro aporte está dirigido al desarrollo de actividades de docencia e investigación que contribuyan al fortalecimiento de las capacidades institucionales de ambos sistemas de protección, nacional e internacional.

CO - DIRECTORES

Cecilia Medina Q.

José Zalaquett D.

EQUIPO EDITORIAL BOLETIN

Claudio Nash **-Director Responsable-**

Valeska David **-Editora General-**

Carla Encalada

Andrés Nogueira

UNDEF

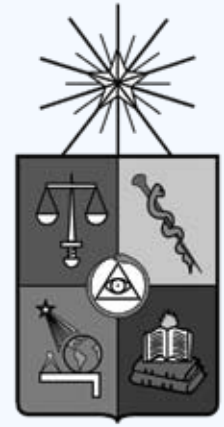


The United Nations
Democracy Fund

The United Nations Democracy Fund (UNDEF) finances projects carried out by a wide range of governance actors, including NGOs, civil society organizations, executive, legislative and judicial branches of government, constitutionally independent national bodies, and the United Nations, its relevant departments, specialised agencies, funds and programmes. UNDEF aims to support those partners who undertake action-oriented projects to bring about measurable and tangible improvements in democracy and human rights on the ground, thereby translating the concept of "democracy" into practical solutions for people to have their voices and choices heard.

Disclaimer

This publication has been produced with the assistance of the United Nations Democracy Fund. The content of this publication is the sole responsibility of Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, and does not necessarily reflect the views of the United Nations, the United Nations Democracy Fund or its Advisory Board.



EDITORIAL

El Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile presenta el segundo Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010. Este número del Boletín de Jurisprudencia comprende el análisis de cinco sentencias contenciosas dictadas respecto de Brasil, Bolivia, México y Panamá entre los meses de agosto y noviembre de 2010.

En este número, como es habitual, tratamos aquellos aspectos de las sentencias que dicen directa relación con el debido proceso, protección judicial efectiva, integridad personal, libertad personal e igualdad y no discriminación. Quisiera llamar la atención al lector sobre algunos temas que aborda la Corte y que merecen especial atención. Por una parte, el interesante tratamiento que hace la Corte acerca de los derechos de las personas que son sometidas a procedimientos sancionatorios atendida su situación migratoria. No hay duda que este es un tema relevante para toda nuestra región y el análisis que realiza la Corte, reconociendo el derecho del Estado a fijar sus políticas migratorias, pero estableciendo claros códigos de conductas para que dichas políticas sean legítimas, aporta en claridad respecto de una materia que, seguramente, estará presente en la agenda continental los próximos años. No hay duda que temas relativos a las garantías judiciales en los procesos de regularización de la situación migratoria, la privación de libertad con fines punitivos en este campo y las condiciones de detención de los migrantes, seguirán en la agenda de la Corte y requieren de un esfuerzo de sistematización al que queremos aportar en este Boletín. Por ello, no podemos dejar pasar el hecho de que la Corte haya tratado toda la cuestión migratoria bajo la lógica de una "situación de vulnerabilidad agravada", pero a la vez, se haya resistido con argumentos formales (carga de la prueba, medios de prueba) a declarar que existía una situación de discriminación estructural respecto de los migrantes (contexto). Es de esperar que esto no sea el inicio de un proceso de retroceso en lo que ha sido el aspecto más destacado de la jurisprudencia reciente de la Corte, esto es, situar las violaciones de derechos humanos en su contexto.

Un segundo aspecto a destacar es la insistencia de la Corte en la figura del "control de convencionalidad". Si bien esta institución ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte los últimos años, es evidente que para cumplir con todo el potencial que podemos suponerle, la Corte tendrá que dar pasos para clarificar algunas dudas que surgen de su implementación. Desde un punto de vista dogmático, es interesante preguntarse por la naturaleza de este "control de convencionalidad", si estamos frente a una forma de garantía de los derechos humanos o, más bien, ante un mandato hermenéutico o ante un híbrido entre estas dos opciones. De todas formas, esta figura cumple un importante rol de clarificación de la responsabilidad que tiene la administración de justicia en la plena vigencia de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, dejando de lado cualquier pretensión de exención de responsabilidad o intento de radicarla exclusivamente en el Legislativo, cuestión que es una tendencia en nuestras judicaturas.

Un tercer aspecto que debiera llamar a un proceso de discusión profunda al interior de los Estados de nuestra región es el problema para garantizar adecuadamente el derecho a la libertad personal. Ha sido un esfuerzo permanente el que ha desarrollado la Corte para fijar estándares en materia de libertad personal y en la jurisprudencia 2010 que aquí se analiza, el tema vuelve a estar presente. Los problemas evidentes para establecer mecanismos eficaces de control judicial frente a la privación de la libertad personal debieran llevar a los Estados a preocuparse de desarrollar diseños institucionales adecuados, así como revisar y ajustar los usos o prácticas en la materia.

Este Boletín dedica su "comentario de fondo" a un tema que no ha sido fácil para la Corte, cual es, la violencia sexual que sufren las mujeres en nuestra región. Llamábamos la atención en el Boletín 1-2010 acerca de la deuda que tenía el sistema en el tratamiento de estos casos y que sólo ha comenzado a ser resuelto en forma satisfactoria desde el reciente caso del Penal Castro Castro (2006). Con la sentencia del caso Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra (ambos de 2010), la Corte se pone en línea con razonamientos propios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional. En la sección "comentario de fondo" de este Boletín abordamos este tema, planteando los aspectos positivos del análisis realizado por la Corte y, también, señalando algunos de los aspectos que aún siguen pendientes en nuestra jurisprudencia. Si bien este es un fenómeno que la Corte ha visibilizado, aún queda un camino por recorrer para su correcto tratamiento.

No puedo terminar esta presentación sin agradecer a Valeska David, quien ha sido la editora del Boletín y le ha entregado todo su talento, dedicación y muchas horas de trabajo. Todo el equipo del Boletín te desea la mayor de las suertes en tus nuevos desafíos académicos.

Claudio Nash
Director Responsable

I. HECHOS

Fecha de Sentencia: 31 de agosto de 2010

Víctima: Valentina Rosendo Cantú

Estado parte: México

Caso Completo en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Un importante porcentaje de la población del estado de Guerrero, México, pertenece a comunidades indígenas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en este estado de Guerrero (México), dirigida a reprimir actividades ilegales como la delincuencia organizada.

Al momento de los hechos del presente caso, la señora Valentina Rosendo Cantú, mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa y originaria de la comunidad de Caxitepec, tenía 17 años.

El 16 de febrero de 2002, a las tres de la tarde, Valentina Rosendo Cantú se encontraba lavando ropa en un arroyo cercano a su domicilio, cuando ocho militares la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre una lista de personas, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Tras contestarles que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban, un militar la golpeó en el estómago con un arma, haciéndola caer al suelo y perder el conocimiento. Cuando recobró el conocimiento la tomaron del cabello, le quitaron la falda, la ropa interior, y la tiraron al suelo. Dos militares la penetraron sexualmente, mientras los otros seis observaban.

El 18 de febrero de 2002 la señora Rosendo Cantú, en compañía de su esposo, acudió a una clínica de salud en la comunidad de Caxitepec, sin indicar que había sido violada sexualmente. El 26 de febrero caminaron ocho horas hasta el Hospital de Ayutla de los Libres, donde indicó que le había caído un trozo de madera en el abdomen.

El 8 de marzo de 2002 la señora Rosendo Cantú interpuso una denuncia por el delito de violación ante el Ministerio Público de Allende. Ese mismo día el Ministerio Público inició la investigación. El 16 de mayo de 2002, el Ministerio Público se declaró incompetente y remitió la causa al fuero castrense. El 12 de marzo de 2004, el Procurador Militar determinó el archivo de la investigación.

El 16 de octubre de 2007 el Ministerio Público del Fuero Común adscrito a la Dirección de Averiguaciones Previas de la Procuraduría de Guerrero, en cumplimiento de los acuerdos adquiridos por el Estado durante el trámite del caso ante la Comisión Interamericana, solicitó a la Procuraduría Militar la remisión de la averiguación previa para su continuación.

El 2 de diciembre de 2008 el Ministerio Público de Morelos remitió la averiguación previa a la Fiscalía Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar. El 29 de octubre de 2009 la Fiscalía Especializada para la Investigación de Delitos Sexuales remitió la averiguación previa al Procurador General de Justicia Militar.

Hasta la fecha, dentro de esta fase de averiguaciones previas en el fuero militar, se han desarrollado diligencias probatorias tales como declaraciones y pericias.

El Estado reconoció su responsabilidad internacional en relación con el retraso en la atención médica y especializada de la señora Rosendo Cantú, en su calidad de mujer y menor de edad, así como el retraso en la integración de la investigación de los hechos del caso, que implican violaciones a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con los artículos 5.1 y 19 del mismo instrumento. La Corte aceptó este reconocimiento y declaró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 2 y 6 de la CIPST, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú. Asimismo, sostuvo que el Estado había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, incumpliendo también el deber establecido en el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará. Adicionalmente, la Corte estimó que México incumplió la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en perjuicio de la señora Rosendo Cantú.

Fecha de Sentencia: 1 de septiembre de 2010

Víctimas: Rainer Ibsen Cárdenas, José Luis Ibsen Peña, Martha Castro Mendoza, Rebeca Ibsen Castro, Tito Ibsen Castro y Raquel Ibsen Castro

Estado parte: Bolivia

Caso Completo en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf

El 21 de agosto de 1971 el Coronel Hugo Banzer Suárez lideró un golpe de Estado en Bolivia, instaurando una dictadura militar que duró aproximadamente 7 años. Durante este período se creó la Dirección de Orden Político para, entre otros objetivos, reprimir a los opositores del régimen de facto. A lo largo de éste se verificaron numerosas violaciones a los derechos humanos vinculadas a la detención ilegal y arbitraria, privación de libertad, tortura y fusilamiento de quienes eran considerados enemigos del régimen, prácticas que se llevaban a cabo en los diversos centros de detención creados para tal efecto.

En este contexto se inserta el presente caso, relativo a la detención y desaparición forzada de los señores José Luis Ibsen Peña y Rainer Ibsen Cárdenas; padre e hijo, respectivamente.

En octubre de 1971 Rainer Ibsen Cárdenas, estudiante universitario de aproximadamente 22 años de edad, fue detenido y trasladado al centro de detención Achocalla de la ciudad de Santa Cruz —dependiente del Departamento de Orden Político— donde permaneció alrededor de 9 meses privado de libertad, en calidad de supuesto miembro del Ejército de Liberación Nacional. De acuerdo a declaraciones no controvertidas por el Estado, en el mes de junio del año 1972 se llevó a cabo en dicho centro la ejecución de al menos tres detenidos, entre los cuales se encontraba Rainer Ibsen Cárdenas. Mientras el Sr. Ibsen Cárdenas estuvo detenido, ninguno de sus familiares pudo visitarlo o tener contacto con él y, posteriormente, nadie supo de su paradero, sino hasta el año 2008. El 15 de julio de 2008 se conoció, de manera definitiva, el paradero del señor Rainer Ibsen Cárdenas, cuando fue posible la identificación de sus restos mediante un informe de perfil de ADN.

Tras la detención de Rainer Ibsen Cárdenas, y a raíz de la publicación de un periódico que consignaba su muerte, su padre, José Ibsen Peña, abogado vinculado a la Central Obrera Boliviana, comenzó a movilizarse para saber del paradero de su hijo. En el marco de estas gestiones recurrió a la policía, la que lo habría conminado a exiliarse para evitar ser asesinado. El día 10 de febrero de 1973, José Ibsen fue detenido y conducido al centro de detención de El Pari. Días después, su familia fue informada de que había salido exiliado a Brasil, cuestión que fue desmentida por el consulado pertinente. Desde ese entonces se desconoce el paradero del Sr. José Ibsen.

En vista de lo anterior, el resto de la familia (su esposa y tres hijos) inició diversas gestiones para ubicar el paradero de José Ibsen. Sin embargo, dadas las condiciones de la época, aquellas no arrojaron resultados concretos. La hija mayor del matrimonio, Rebeca Ibsen, en abril del año 2000, solicitó la adhesión y ampliación de una causa iniciada a raíz de otro desaparecido político, por los delitos cometidos contra su padre y hermano. Dicho proceso se prolongó hasta agosto del año 2010 debido a las reiteradas excusas presentadas por los jueces para conocer el asunto, las constantes apelaciones y casaciones presentadas por los imputados y las retractaciones de los tribunales de primera instancia. Asimismo, por insistencia de la familia, fue posible recuperar los restos humanos de Rainer Ibsen, los cuales les fueron entregados el 11 de noviembre de 2008. La tardanza excesiva en el reconocimiento de los restos se debió al desconocimiento de su paradero por parte de las autoridades pertinentes y las erróneas identificaciones de restos que correspondían a otras personas.

La Comisión solicitó a la Corte que declarare al Estado de Bolivia responsable por la violación de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar y garantizar los Derechos) del mismo instrumento, y de las obligaciones establecidas en los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. Asimismo, solicitó que se establezca su responsabilidad por las violaciones de los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Tito Ibsen Castro, Rebeca Ibsen Castro, Raquel Ibsen Castro, y Martha Castro Mendoza. Además, la Comisión pidió que se declarase que el Estado incumplió la obligación de los artículos III y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas al no tipificar la desaparición forzada sino hasta el año 2004. Con posterioridad, los representantes de las víctimas agregaron la violación al artículo 24 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de las víctimas.

El Estado reconoció su responsabilidad internacional. Sin embargo, negó que la localización e identificación de los restos de Rainer Ibsen Cárdenas haya tardado casi 37 años; no se allanó a las pretensiones de reparación y no se pronunció respecto a la supuesta violación del derecho a la igualdad ante la ley en perjuicio de los familiares de las víctimas. La Corte aceptó dicho reconocimiento de responsabilidad y declaró que el Estado había violado los derechos reconocidos en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con los artículos I.a) y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña; así también, determinó que había vulnerado los derechos consagrados en los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la esposa del Sr. Ibsen Peña y sus tres hijos sobrevivientes. Del mismo modo, determinó que todos ellos eran también víctimas de la violación a los derechos contemplados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y el artículo I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Fecha de Sentencia: 23 de noviembre de 2010

Víctima: Jesús Tranquilino Vélez Loor

Estado parte: Panamá

Caso Completo en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf

Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido en el Puesto Policial de Tupiza en la Provincia del Darién, Panamá, el 11 de noviembre de 2002 por no portar la documentación necesaria para permanecer en este país. En esta aislada localidad el control de migración lo realiza la policía, dada la falta de autoridades de migración.

El señor Vélez Loor fue remitido a la Dirección de Migración y Naturalización de Darién, el día 12 de noviembre de 2002, cuya máxima autoridad dictó posteriormente una orden de detención en su contra. El señor Vélez Loor fue trasladado a la Cárcel Pública de La Palma, en vista que en el recinto de Darién no existían celdas especiales para indocumentados. En este recinto estuvo privado de libertad junto con personas detenidas con motivo de la comisión de delitos.

Con posterioridad, el 6 de diciembre de 2002, la Dirección Nacional de Migración al constatar que el señor Vélez Loor había sido deportado previamente en el año 1996, le impuso una pena de dos años de prisión, mediante la resolución N° 7306, por haber infringido el Decreto Ley N° 16 sobre Migración. Dicha resolución no le fue notificada y el señor Vélez Loor fue trasladado a otro centro penitenciario llamado "La Joyita". En este último también estuvo en celdas junto con otras personas condenadas por delitos penales.

El procedimiento que concluyó con el acto administrativo sancionatorio que privó de la libertad al señor Vélez Loor no le otorgó la posibilidad de que fuese oído ni que ejerciera su derecho de defensa.

Durante el tiempo que el señor Vélez Loor estuvo recluido en La Palma y en La Joyita existían altos niveles de hacinamiento, con una densidad poblacional de 135% y 164%, respectivamente. Por otra parte, mientras el señor Vélez Loor se encontraba recluido en el Centro Penitenciario La Joyita, se produjeron problemas en el suministro de agua, que afectaron a la población carcelaria. Además, los servicios de asistencia médica a los cuales tuvo acceso no se prestaron de manera oportuna, adecuada y completa.

El 8 de septiembre de 2003 la Directora Nacional de Migración dejó sin efecto la pena impuesta, ya que Vélez Loor presentó un pasaje para abandonar el país. El día 10 de septiembre de 2003 éste fue deportado a Ecuador.

Es importante destacar que la norma que sirvió de fundamento para la privación de libertad del señor Vélez Loor, el Decreto Ley N° 16 sobre Migración, fue derogada posteriormente, el 22 de febrero de 2008.

El Estado hizo un reconocimiento parcial de responsabilidad, admitiendo que el contenido de la Resolución 7306, de 6 de diciembre de 2002, no fue notificado al señor Vélez Loor y que el proceso que llevó a la sanción de dos años de prisión fue realizado sin garantía del derecho a la defensa. La Corte aceptó este reconocimiento y concluyó que el Estado era responsable por la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 numerales 1, 3, 4, 5 y 6), así como por la violación del derecho a las garantías judiciales (artículos 8.1 y 8.2 letras b, c, d, e, f y h) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Asimismo, el Estado vulneró el principio de legalidad y el derecho a la integridad personal reconocidos en los artículo 5 (numerales 1 y 2) y 9 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Igualmente, el Estado resultó responsable por la falta de garantía del derecho a la integridad personal y por el incumplimiento de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, respecto de la obligación de investigar los alegados actos de tortura. Por último, la Corte determinó que Panamá incumplió la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia (artículos 8.1 y 25) en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor.

Fecha de Sentencia: 24 de noviembre de 2010

Víctima: Guilherme Gomes Lund y otros

Estado parte: Brasil

Caso Completo en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

En abril de 1964 un golpe militar derrocó al gobierno constitucional del Presidente João Goulart, el cual dio inicio a un régimen militar que se extendió por 21 años en Brasil. Entre las manifestaciones represivas de este período se encuentran el cierre del Congreso Nacional, la censura completa de la prensa, la suspensión de los derechos individuales y políticos, de la libertad de expresión, de la libertad de reunión y de la garantía del *habeas corpus*. Asimismo, se extendió el alcance de la justicia militar y una Ley de Seguridad Nacional introdujo, entre otras medidas, la pena perpetua y de muerte.

En el gobierno militar de Médici (1969-1974) se produjo la más violenta ofensiva en contra de los grupos armados de oposición. Posteriormente, durante los tres primeros años del gobierno de Geisel (1974-1979) se intensificaron las desapariciones forzadas de presos políticos, que tenían por fin disimular la falta de apertura política y sustentar el discurso de inclusión promovido por el nuevo gobierno.

Según la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, cerca de 50 mil personas fueron detenidas solamente en los primeros meses de la dictadura; cerca de 20 mil presos fueron sometidos a torturas; existen 354 muertos y desaparecidos políticos; 130 personas fueron expulsadas del país; los mandatos y derechos políticos de 4.862 personas fueron suspendidos y cientos de campesinos fueron asesinados. En este contexto de desentendimiento los hechos de este caso.

La *Guerrilha do Araguaia* era un movimiento de resistencia al régimen militar, integrado por algunos miembros del nuevo Partido Comunista de Brasil. A inicios de 1972, en las vísperas de la primera expedición del Ejército a la región de Araguaia, la Guerrilla contaba con alrededor de 70 personas, en su mayoría jóvenes.

Entre abril de 1972 y enero de 1975, un contingente de entre tres mil y diez mil integrantes de las Fuerzas Armadas y de las Policías emprendió repetidas campañas de represión contra los miembros de la *Guerrilha do Araguaia*. En 1973 la Presidencia de la República asumió directamente el control de las operaciones represivas y ordenó la eliminación de los guerrilleros capturados. A fines del año 1974 no había más guerrilleros en Araguaia y hay información de que sus cuerpos fueron desenterrados y quemados o arrojados en los ríos de la región. Adicionalmente, el gobierno militar impuso silencio absoluto sobre los acontecimientos de Araguaia y prohibió a la prensa divulgar noticias sobre el tema, mientras que el Ejército negaba la existencia del movimiento.

Los familiares de las víctimas, desde 1982 hasta 2009, han interpuesto un sinnúmero de acciones legales con el fin de obtener información sobre el lugar de sepultura de sus familiares, contenida en documentos confidenciales de las fuerzas armadas, sin obtener resultados satisfactorios hasta la fecha.

El 28 de agosto del 1979, luego de su aprobación por el Congreso Nacional, fue promulgada la Ley No. 6.683/79, que concedió una amnistía, entre otros, “[...] a quienes, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con éstos, a los servidores de la administración y a los militares”. En virtud de esta Ley, hasta la fecha, el Estado no ha investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

Cabe señalar que paralelamente, el 4 de diciembre de 1995, se promulgó la Ley No. 9.140/95, mediante la cual el Estado reconoció su responsabilidad por el asesinato de opositores políticos en el período del 2 de septiembre de 1961 al 15 de agosto de 1979. Esta Ley reconoció automáticamente 136 casos de desaparecidos contenidos en un ‘*dossier*’, luego de 25 años de búsquedas.

Entre 1980 y 2006 se realizaron un total de trece búsquedas en la región de Araguaia por parte de los familiares de las víctimas, de la Comisión Especial, de la Comisión Interministerial y del Ministerio Público, entre otros. A partir de septiembre de 2006 el Estado puso en marcha el proyecto de creación de un Banco de Datos Genéticos a fin de recolectar muestras de sangre de los familiares y crear un perfil genético de cada desaparecido. Desde entonces se han recolectado 142 muestras de sangre de familiares de 108 desaparecidos políticos.

Sin embargo, el 29 de abril de 2010 el Supremo Tribunal Federal declaró la improcedencia de la “Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental” interpuesta por la Orden de Abogados de Brasil y afirmó la vigencia de la Ley de Amnistía. Dicha decisión tiene eficacia *erga omnes*, efecto vinculante y no admite ningún recurso en su contra.

El 26 de marzo de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte la demanda en contra de la República Federativa de Brasil. La Corte concluyó que el Estado era responsable por la desaparición forzada y, por tanto, de la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, establecidos en los artículos 3, 4, 5 y 7 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de las personas indicadas en el párrafo 125 de la presente sentencia. Asimismo, el Estado incumplió la obligación dispuesta en el artículo 2 de la CADH, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, ha vulnerado los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables. Adicionalmente, Brasil vulneró el derecho a la integridad personal (artículo 5.1) de los familiares y el derecho a la libertad de expresión (artículo 13) en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH, por la afectación del derecho a buscar y a recibir información, así como del derecho a conocer la verdad de lo ocurrido.

Fecha de Sentencia: 26 de noviembre de 2010

Víctimas: Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores

Estado parte: México

Caso Completo en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

En los años '90 existía una importante presencia militar en el estado de Guerrero (México), como respuesta estatal al narcotráfico y a la presencia de grupos armados como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR). El despliegue de las Fuerzas Armadas abarcó todos los Estados en los cuales operaban estos grupos y en donde se desarrollaban actividades de narcotráfico. En estos lugares las Fuerzas Armadas asumieron funciones y tareas de seguridad pública, a través del establecimiento de patrullajes en carreteras y caminos, instalación de retenes, ocupación de poblados, detenciones e interrogatorios y cateo de domicilios en busca de uniformes, armas y documentos.

El 2 de mayo de 1999 el señor Rodolfo Montiel Flores se encontraba fuera de la casa del señor Teodoro Cabrera García, junto con éste, su esposa e hija y tres personas más, en la comunidad de Pizotla, estado de Guerrero. Alrededor de las 9:30 horas, aproximadamente 40 miembros del 40° Batallón de Infantería del Ejército Mexicano entraron en la comunidad, en el marco de un operativo de lucha contra el narcotráfico. En este contexto, los señores Cabrera y Montiel fueron detenidos por los militares, quienes los retuvieron a orillas del Río Pizotla hasta el 4 de mayo, cuando los trasladaron hasta las instalaciones del 40° Batallón de Infantería, ubicado en la ciudad de Altamirano.

Los señores Cabrera y Montiel fueron detenidos debido a que ciertos miembros del Ejército los denunciaron por la comisión de presuntos delitos de porte de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército y siembra de amapola y marihuana. El Ministerio Público del Fuero Común de Arcelia inició una investigación penal y decretó el 4 de mayo de 1999 la retención de los señores Cabrera y Montiel. El 28 de agosto de 2000, tras diversos conflictos de competencia entre distintos tribunales, el Juez Quinto de Distrito del Vigésimo Primer Circuito en Coyuca de Catalán condenó a los señores Cabrera y Montiel a penas privativas de libertad de 6 años y 8 meses y 10 años, respectivamente; por los delitos de porte ilegal de armas y siembra de marihuana. La sentencia fue confirmada en segunda instancia. En el año 2001 Cabrera y Montiel fueron liberados para continuar cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio, debido a su estado de salud.

Por otra parte, los señores Cabrera y Montiel declararon haber sido sometidos, durante su detención por parte de efectivos del Ejército, a los siguientes tratos: i) jalones en los testículos; ii) toques eléctricos; iii) golpes en distintas partes del cuerpo, como los hombros, el abdomen y la cabeza; iv) que fueron vendados y amarrados; v) que fueron situados en forma de cruz según la ubicación del sol; vi) que fueron encandilados por una luz brillante; vii) que recibieron amenazas mediante armas, y viii) que se utilizó el "tehuacán" para introducirles agua gaseosa en las fosas nasales.

El 26 de agosto de 1999 la defensa de los señores Cabrera y Montiel solicitó al Juez Quinto de Distrito que ordenara al Ministerio Público investigar las denuncias de tortura, incomunicación y detención ilegal que habrían sufrido en las instalaciones del Ejército. El 13 de junio de 2000 la Procuraduría Militar resolvió un "auto de reserva de archivo", señalando que no existían elementos que acreditaran la tortura.

El 9 de marzo de 2001 las presuntas víctimas presentaron una demanda de amparo ante el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, argumentando que la sentencia de apelación no había tenido en cuenta un dictamen médico que concluía la comisión de tortura contra los señores Cabrera y Montiel. El Segundo Tribunal Colegiado otorgó el amparo, y ordenó al Primer Tribunal Unitario emitir una nueva sentencia que admitiera dicha prueba pericial. El 16 de julio de 2001, luego de valorar dicha prueba, el Primer Tribunal Unitario confirmó la sentencia condenatoria, ante lo cual la defensa presentó una nueva demanda de amparo directo.

El 14 de agosto de 2002 el Segundo Tribunal Colegiado negó el amparo respecto del señor Cabrera García. En el caso del señor Montiel Flores, también se rechazó el amparo, razón por la cual quedó firme su condena. Sin embargo, dicho Tribunal Colegiado ordenó determinar que las probanzas eran insuficientes e ineficaces para acreditar los elementos del delito de siembra de marihuana y porte de arma sin licencia respecto a un rifle.

El 24 de junio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda en contra de México. La Corte declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7 (numerales 3, 4 y 5), del derecho a la integridad personal (artículo 5.1 y 5.2) y la obligación dispuesta en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST en relación con el artículo 1.1 de la CADH; así como por la vulneración de la garantía judicial reconocida en el artículo 8.3 de la CADH y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1), en relación con el artículo 1.1 y 2 la CADH, en perjuicio de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores.

II. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

La obligación de investigar ex officio posibles actos de tortura no requiere de una denuncia previa

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que cuando existe una violación grave de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de iniciar *ex officio* una investigación orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables¹. Esto implica, como aclara la Corte IDH en el caso **Vélez Loor**, que frente a la posibilidad o sospecha de que se haya cometido un acto de tortura, la actividad estatal debe desplegarse de inmediato, sin necesidad de que exista denuncia alguna que active este deber estatal de investigar la posible ocurrencia de dicha violación:

“[...] [L]a Corte aclara que de la Convención contra la Tortura surgen dos supuestos que accionan el deber estatal de investigar: por un lado, cuando se presente denuncia, y, por el otro, cuando exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de la jurisdicción del Estado [...] aún cuando los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no hayan sido denunciados ante las autoridades competentes por la propia víctima, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia, el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento”. (Caso Vélez Loor, párr. 240)

Violación sexual como acto de tortura y su impacto sobre una niña

En el caso **Rosendo Cantú** la Corte IDH ratifica la jurisprudencia iniciada con el caso **Penal Castro Castro**² y asentada en el caso **Fernández Ortega**³, al considerar la violación sexual de una mujer como una vulneración a su vida privada y dignidad y, más aún, como un acto de tortura; dando por acreditada la concurrencia de los tres elementos determinantes de esta calificación: intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad. Adicionalmente, para la determinación de la severidad del sufrimiento al que estuvo sometida la víctima del caso **Rosendo Cantú**, la Corte IDH consideró, entre otros factores, su condición de niña:

“En el presente caso, la señora Rosendo Cantú estuvo sometida a un acto de violencia y control físico de los militares que la penetraron sexualmente de manera intencional; su vulnerabilidad y la coerción que los agentes estatales ejercieron sobre ella se reforzaron con la participación de otros seis militares también armados, que agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima. Resulta evidente para la Corte que el sufrimiento padecido por la señora Rosendo Cantú, al ser obligada a mantener actos sexuales contra su voluntad, hecho que además fue observado por otras seis personas, es de la mayor intensidad, más aún considerando su condición de niña [...]”. (Caso Rosendo Cantú, párr. 115)

Deber del Estado de respetar y garantizar la integridad de las personas detenidas: las condiciones mínimas de detención

Como parte del análisis de la violación del derecho a la integridad personal en el caso **Vélez Loor**, la Corte IDH se refiere a las condiciones mínimas de detención que debe satisfacer un recinto penitenciario para ser compatible con la dignidad e integridad de las personas que se encuentran en él. En este sentido, la vulneración de estos derechos dentro del contexto de privación de libertad de estas personas, puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como acontece en el citado caso:

“[...] [L]a Corte determina que las condiciones de detención en la Cárcel Pública de La Palma, así como aquellas en el Centro Penitenciario La Joyita, en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano y por lo tanto, configuran una violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio del señor Vélez Loor”. (Caso Vélez Loor, párr. 227)

Respecto de cuáles serían estas condiciones mínimas, la Corte IDH, en el caso **Vélez Loor**, se refiere principalmente a tres aspectos: (i) hacinamiento, (ii) atención médica y (iii) suministro de agua potable. Respecto del hacinamiento, la Corte consideró que dicha condición acarrea una serie de consecuencias que hacen imposible que la vida de un recluso pueda considerarse digna, entre ellas, los problemas en la alimentación, higiene, aumento de la violencia intra-carcelaria y daños físicos y psicológicos tanto en los funcionarios como en los reclusos. En relación con la atención médica, la Corte señala claramente que los recintos penitenciarios deben contar con los medicamentos y aparatos necesarios para atender todo tipo de emergencia médica que se presente en dichos establecimientos y que las personas privadas de libertad tienen derecho a una revisión médica regular y a una atención y tratamientos adecuados, cada vez que lo necesiten. Finalmente, se debe destacar la forma en que la Corte IDH aborda el tema del suministro de agua potable, puesto que afirma que su inexistencia en dichos recintos constituye un incumplimiento grave de la obligación estatal de garantía:

“El Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre”. (Caso Vélez Loor, párr. 216)

III. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

Diligencia estricta y excepcionalidad de la afectación de la libertad personal por parte de las Fuerzas Armadas en contextos de intervención militar

En el caso **Cabrera García** la Corte se refiere a la posibilidad de entregar a las fuerzas armadas la facultad de restringir el derecho a la libertad personal, con el objeto de aplacar disturbios internos o controlar las protestas sociales y la criminalidad común. Al respecto, la Corte considera, en primer lugar, que una alta presencia militar y la intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos de seguridad pública, en determinados contextos, puede traducirse en un mayor riesgo de violación de derechos humanos, es decir, en una mayor vulnerabilidad para las personas. En este sentido, la Corte estimó que, tratándose de la restricción a la libertad personal por parte de dichas fuerzas militares, debían satisfacerse no sólo los requisitos de restricción legítima de derechos, sino que además tal afectación debía sujetarse a un criterio de excepcionalidad y de diligencia estricta en la observancia de las obligaciones convencionales del Estado. Esto supone que tal posibilidad se contempla como una alternativa de último recurso que eleva el estándar de diligencia del Estado, dado el riesgo que conlleva la actuación de agentes regidos y preparados para objetivos que no se condicen con el orden civil. Al efecto, la Corte señaló que:

1 Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 145. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C N° 202, párr. 65, y Caso Gomes Lund, *supra* nota 3, párr. 108.
2 Caso del Penal Miguel Castro Castro, vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160, párr. 312.
3 Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C N° 215, párr. 128.

“La Corte considera que la posibilidad de otorgar a las Fuerzas Armadas funciones dirigidas a la restricción de la libertad personal de civiles, además de atender a los requisitos de estricta proporcionalidad en la restricción de un derecho, debe responder, a su vez, a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, teniendo en cuenta, como ha sido señalado (supra párrs. 86 y 87), que el régimen propio de las fuerzas militares al cual difícilmente pueden sustraerse sus miembros, no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles”. (Caso **Cabrera García**, párr. 89)

Control judicial de la detención y hábeas corpus

a) Aplicabilidad del principio de control judicial de la detención a las personas privadas de libertad por su situación migratoria

En el caso **Cabrera García** la Corte IDH reitera lo señalado en el caso **Bulacio**, en cuanto a que el control judicial inmediato que prescribe el artículo 7.5 de la Convención es una medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de la detención, considerando que, en un Estado de Derecho, corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción y procurar un trato consecuente con la presunción de inocencia⁴.

En el Convenio Europeo el derecho a ser llevado prontamente ante un juez, previsto en el párrafo 3 del artículo 5, se relaciona exclusivamente con la categoría de detenidos mencionados en el párrafo 1.c de dicho artículo, esto es, aquellas personas detenidas en virtud de la existencia de indicios racionales de que han cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirles que cometan una infracción o que huyan después de haberla cometido. De esta manera, el Convenio Europeo no reconoce expresamente el derecho al control judicial sin demora de la detención, a otras categorías de detenidos como, por ejemplo, aquellos comprendidos en el párrafo 1.f del mismo artículo, entre los cuales se encuentran las personas detenidas para impedir su entrada ilegal en el territorio.

En el caso **Vélez Loor**, la Corte IDH se encarga de enfatizar que en el sistema interamericano ocurre algo distinto, al extenderse el manto protector a quienes son detenidos con motivo de su migración irregular a otro Estado:

“A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediatez procesal [...]”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 107)

b) Obligación de practicar “sin demora” el control judicial de la detención y su particular relevancia en los casos en que la detención es realizada por personal militar

Desde el caso **Castillo Petruzzi**, la Corte IDH —parafraseando a la Corte Europea— ha señalado que, si bien el vocablo “inmediatamente” o “sin demora” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención⁵.

En el caso **Cabrera García** la Corte IDH añade que, en caso de detenciones efectuadas por personal militar, el control judicial de la detención adquiere una importancia gravitante. Ésta se vincula con el hecho de que la intervención militar en la regulación de asuntos de seguridad pública, según la propia Corte, acarrea un mayor riesgo de que los derechos de las personas sean vulnerados. De ahí que la celeridad en el control judicial de la detención se vuelva una garantía de primer orden en el resguardo de los derechos de las personas detenidas por personal militar:

“Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal (supra párr. 93) en lo que concierne a la autoridad competente para la remisión sin demora, este Tribunal reitera que los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión ‘sin demora’ ante el juez [...]. Al respecto, la Corte reitera que en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona [...] En consecuencia, la Corte considera que se vulneró el artículo 7.5 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel”. (Caso **Cabrera García**, párr. 102)

c) Diferencia entre los numerales 5 y 6 del artículo 7 de la Convención respecto de la autoridad competente para controlar la detención

El artículo 7.5 de la Convención señala que toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante “un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”⁶. Por su parte, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria ha establecido que todo inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante “un juez u otra autoridad”, entendiendo por tales una “autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia”⁷.

Parece claro, entonces, que cuando se detiene a una persona —como ocurre con los inmigrantes que son retenidos— ésta podría ser llevada ante una autoridad distinta de un juez para efectos de realizar un control de dicha detención— por ejemplo, una autoridad administrativa— autorizada por ley para ejercer funciones judiciales. Sin embargo ello sólo es admisible siempre y cuando esta autoridad cumpla con las exigencias del art. 8.1 de la Convención. Así lo afirma la Corte en el caso **Vélez Loor**:

“Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 108)

El artículo 7.6 de la Convención, por su parte, garantiza a toda persona privada de libertad el derecho —denominado “hábeas corpus”— de recurrir ante un “juez o tribunal competente”⁸ para que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de la detención y ordene su libertad si la detención es ilegal. El hábeas corpus es concebido por la Corte IDH como una garantía judicial que no puede ser suspendida ni aún en situaciones de excepción⁹.

4 Caso Cabrera García, supra nota 9. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 129.

5 Caso Castillo Petruzzi, párr. 108. Ver también la sentencia de la Corte Europea, Caso Brogan and Others, sentencia de 23 Marzo de 1988, Series A n° 145-B, párrs. 58-59, 61-62.

6 La Convención Europea, en su art. 5.3, habla de “un juez u de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”.

7 Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación N° 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 3 y Deliberación N° 5.

8 La Convención Europea, en su art. 5.4, habla de “órgano judicial”.

9 Ver El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8

De este modo, en el caso **Vélez Loor**, la Corte IDH precisa que —a diferencia de lo que hemos señalado respecto del art. 7.5 de la Convención— la garantía del *habeas corpus* exige la intervención de un órgano estrictamente judicial:

“El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del ‘arresto o detención’ debe ser ‘un juez o tribunal’. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. Dado que en este caso la detención fue ordenada por una autoridad administrativa el 12 de noviembre de 2002, el Tribunal estima que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 126)

Privación de libertad de las personas en situación migratoria irregular

a) Impropiedad de la detención con fines punitivos

El artículo 7.3 de la Convención señala que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. Es por ello que la Corte IDH ha señalado que, además de cuidar la legalidad formal de la detención, los Estados deben hacer un análisis de la compatibilidad material de su legislación con la Convención, para evitar que la aplicación de una ley que autoriza la adopción de medidas privativas de libertad resulte arbitraria.¹⁰ Para este análisis la Corte IDH considera, entre otros elementos, la finalidad que se busca alcanzar con la medida privativa de libertad, y su necesidad, teniendo en cuenta el siguiente principio asentado en el caso **Kimel**¹¹:

“[...] En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado [...]”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 170)

En aplicación de aquel principio, la Corte IDH resolvió —en el caso **Vélez Loor**— que si bien los Estados tienen la facultad de controlar el ingreso y permanencia de inmigrantes en su territorio, la privación de libertad a modo de penalización por la entrada irregular de inmigrantes no es un motivo o finalidad compatible con la Convención. La Corte IDH admite, sin embargo, que tales detenciones puedan efectuarse con el objeto de asegurar la comparecencia de la persona al procedimiento migratorio iniciado a su respecto y para garantizar la efectividad de la aplicación de una medida de deportación en su contra:

“[...] [L]a utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y a tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, -la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias[...] En el presente caso, la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 169)

b) Deber de mantener a las personas detenidas por infracción de leyes migratorias separadas de aquellas procesadas y condenadas por la comisión de delitos

En el caso **Vélez Loor** la Corte IDH abordó la necesidad de que las personas detenidas a causa de su situación migratoria se encuentren separadas de otras categorías de detenidos, en particular, respecto de los procesos y condenados en materia penal.

La separación de quienes se encuentran sometidos a proceso, respecto de quienes han sido condenados por la comisión de delitos, es exigida expresamente por el artículo 5.4 de la Convención. Más allá de por qué esta norma se encuentra regulada a propósito del derecho a la integridad personal, parece claro que tras ella se encuentra la idea de que las personas procesadas que sean detenidas no deben recibir el mismo tratamiento que se dispensa a aquellas que cumplen condena por cometer un delito. La presunción de inocencia, además, consagrada en el artículo 8.2 de la Convención, ampara a los primeros y marca una importante diferencia con los segundos.

Bajo el mismo razonamiento, es plausible sostener que las personas detenidas o bajo custodia por su situación migratoria irregular, deben también permanecer separadas de quienes cumplen condena. En efecto, las personas que contravienen la regulación migratoria de un Estado no podrían recibir una protección menor que la que se asegura a quienes enfrentan la imputación de un delito¹². Sin embargo, resulta interesante detenernos en el hecho de que la Corte IDH, en el caso **Vélez Loor**, no sólo exige que los inmigrantes detenidos sean separados de las personas que cumplen condena, sino que también requiere su separación respecto de quienes son “acusados” de cometer un delito. Este deber de separación ha sido también reconocido por diversos organismos e instrumentos de protección internacional¹³, pero lo que resulta destacable en este caso es la fundamentación que ofrece la Corte para justificar esta obligación. De acuerdo con ésta, la razón radica en los diversos fines bajo los cuales se autoriza la detención de una persona. Las distintas finalidades que pueden perseguirse con la detención de un procesado, de un condenado y de un migrante irregular conllevan necesariamente un diverso régimen de privación de libertad:

“[...] [L]os migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad. [...] Por consiguiente, el Tribunal considera que los Estados deben disponer de establecimientos públicos separados, específicamente destinados a este fin y, en caso de que el Estado no cuente con dichas facilidades, deberá disponer de otros lugares, los cuales en ningún caso podrán ser los centros penitenciarios”. (Caso **Vélez Loor**, párr. 208)

En el caso de los “acusados” o imputados sometidos a prisión preventiva, la Corte IDH ha señalado que la privación de libertad del imputado no reside en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solamente en el aseguramiento de que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia¹⁴. La privación de libertad derivada del cumplimiento de una condena, en cambio, debe propender a la “reforma y readaptación social de los condenados”¹⁵. Por su parte, en el caso de los migrantes en situación irregular, su detención —cuando sea excepcionalmente admisible— sólo podrá encaminarse a asegurar la comparecencia de la persona extrajera al proceso que determine su situación migratoria o asegurar la efectividad de la aplicación de una medida de deportación y nunca deberá apuntar a un fin punitivo¹⁶:

10 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 93. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 98. Caso Vélez Loor, *supra* nota 4, párr. 166.

11 Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177, párr. 76.

12 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, N.P. Engel Pub.1993, p. 190.

13 Ver entre otros, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), Normas del CPT, Secciones de los Informes Generales del CPT dedicadas a cuestiones de fondo, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, Capítulo IV. Ciudadanos extranjeros detenidos bajo legislaciones de extranjería, Extracto del 7° Informe General [CPT/Inf (97) 10], párr. 29; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y de la detención*, E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003, Recomendación 75; Ver también Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, N° 8, (“Separación de Categorías”); Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, principio XIX (“Separación de categorías”).

14 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 111. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, *supra* nota 27, párr. 103; Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90, y Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 111.

15 El artículo 5.6 de la Convención Americana establece que: “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, *supra* nota 4, párr.208.

16 En este sentido ver también, Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn y Zwaak (Eds.), *Theory and Practice of the European convention of Human Rights*, fourth edition, p. 482.

“[...] [L]os Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio [...] por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación [...] [L]a Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención”. (Caso Vélez Loor, párr. 169)

La Corte IDH estima que los objetivos considerados legítimos que están detrás de la detención de las personas procesadas, condenadas y en situación migratoria irregular, son disímiles y por tanto, deben necesariamente traducirse en un sistema de detención también diferenciado. Esto indica que el Estado, al disponer la restricción del derecho a la libertad de los migrantes irregulares, debe no sólo satisfacer la exigencia de que ésta propenda a la consecución de los fines legítimos ya reseñados, sino que además debe asegurarse de que esta medida sea conducente y la menos lesiva para alcanzar tal finalidad. Cuando la detención de los migrantes se realiza en centros de reclusión de condenados o procesados, tales requerimientos no se cumplen, pues la privación de estas personas en ese tipo de lugares no se condice ni es idónea para alcanzar los objetivos permitidos; a la vez que acarrea la afectación ilegítima de la dignidad de estas personas y de una serie de otros derechos cuyo ejercicio se hace impracticable por las condiciones y funcionamiento que caracterizan a los recintos de detención penal¹⁷.

IV. DERECHO A LA PROTECCION JUDICIAL

Improcedencia de cualquier figura jurídica que permita la impunidad en casos de graves violaciones a los derechos humanos

En el caso **Ibsen Cárdenas**, la Corte IDH reitera su jurisprudencia¹⁸ sobre la imposibilidad de aplicar, en el derecho interno, figuras jurídicas que permitan dejar en la impunidad la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos:

“[...] [E]n ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”. (Caso Ibsen Cárdenas, párr. 207)

En el mismo sentido, en el caso **Gomes Lund** la Corte IDH precisó que toda forma de amnistía respecto de graves violaciones a los derechos humanos —y no sólo las denominadas “autoamnistías”— es incompatible con la Convención. De este modo, la Corte IDH descartó la posibilidad de validar algunas modalidades de amnistías de dichos crímenes por el hecho de que ellas sean el resultado de un acuerdo político, destinado a la transición democrática y emanado del Poder Legislativo, como era el caso de Brasil. La Corte IDH enfatizó que la incompatibilidad con la Convención Americana radica en la finalidad y efectos de dichas leyes y no en la forma o procedimiento por el cual se adoptan:

“En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un ‘acuerdo político’, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (supra párr. 171), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. (Caso Gomes Lund, párr. 175)

El deber de los jueces de realizar un “control de convencionalidad” de las normas internas

En los casos **Cabrera García, Gomes Lund, Ibsen Cárdenas y Vélez Loor**, la Corte IDH puso especial énfasis en el deber de los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana.

Se ha señalado que el uso del concepto “control de convencionalidad” en la Corte IDH proviene del voto concurrente del ex juez Sergio García Ramírez en el caso **Myrna Mack Chang**¹⁹. Este control consiste, básicamente, en el análisis de compatibilidad entre la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, por una parte, y las disposiciones del derecho interno de los Estados, por la otra.²⁰ La doctrina ha señalado que el fundamento jurídico del control de convencionalidad se encontraría en dos principios de derecho internacional: (i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; y (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplir dichas obligaciones, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹.

Es evidente que la Corte IDH, en el ejercicio de su jurisdicción, realiza este control de convencionalidad para determinar la responsabilidad internacional de un Estado por la dictación o aplicación de una norma interna incompatible con la Convención. Sin embargo, lo que interesa destacar es que, a partir del caso **Almonacid Arellano**, la Corte IDH ha hecho expresa referencia a este concepto para establecer que el Poder Judicial de los Estados debe también realizar un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, agregando que, en esta tarea, la judicatura debe tener en cuenta no solamente la Convención, sino que también la interpretación de la misma efectuada por la propia Corte IDH.²² Esto da cuenta de la doble dimensión del control de convencionalidad, en sede internacional (por la Corte IDH) y en sede nacional (por el Poder Judicial de cada Estado)²³:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces,

17 Al respecto, la Comisión Interamericana ha indicado enfáticamente que los Estados deben desarrollar sistemas de detención civil, acorde a la situación de las personas que infringen reglamentaciones migratorias. Entre otras cosas, la Comisión sostiene que la detención que pueda ser procedente en su caso debe permitirles mantener privacidad, movimiento y recreación al aire libre, contar con espacios apropiados para recibir visitas y tener contacto personal con ellas, así como para recibir orientación y asistencia legal. Asimismo, estas personas deben poder vestir su propia ropa, el personal a cargo del centro no debe ser llamado “guardia” ni utilizar uniformes similares a los de una prisión; los detenidos no deben ser sometidos al uso de esposas o grilletes, deben tener amplio acceso a las comunicaciones a través de teléfono, Internet y correo electrónico. Ver CIDH, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, 30 de diciembre de 2010, OEA/Ser.L/V/II; Doc. 78/10; párrs. 76-77, 241-248 y 436 (recomendaciones letras a-t).

18 Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párrs. 41 a 44; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 105 a 114; Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 167 y ss; Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párrs. 129 a 131.

19 Hitters J. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación” en *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 2, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 110. Caso Myrna Mack Chang, supra nota 6, Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez.

20 *Ibidem*, Hitters, p. 110.

21 Sagüés N. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 N° 1, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 120.

22 Almonacid Arellano, supra nota 5, párr. 124. Ver también: Caso Rosendo Cantú y otros vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C N° 216, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N° 217, párr. 202. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220, párr. 225; Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C N° 219, párr. 176. Caso Vélez Loor, supra nota 4, párr. 287.

23 Sagüés, supra nota 8, p. 120-121.

también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (Caso Cabrera García, párr. 225. En similar sentido: Caso Gomes Lund, párr. 176; Caso Ibsen Cárdenas, párr. 202; y Caso Vélez Loor, párr. 287)

En el caso **Cabrera García**, como destaca en su voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot —quien fue juez *ad-hoc* en este caso²⁴—, la Corte IDH realizó los últimos avances en esta doctrina²⁵, especificando que no sólo el Poder Judicial está obligado a realizar el control de convencionalidad, sino que también todo "órgano vinculado a la administración de justicia en todos los niveles"²⁶.

La doctrina interamericana destaca que estamos en presencia de un control "difuso" de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todos los órganos que ejercen jurisdicción "en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales pertinentes"²⁷. Por otra parte, este control de convencionalidad alcanza a cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.), incluyendo a la propia Constitución y no se agota únicamente en la verificación de compatibilidad con la Convención Americana, sino que comprende también la "interpretación" dada a esas normas por parte de la Corte IDH, así como la consideración de otros instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por el Estado²⁸.

Aun cuando existen todavía numerosos aspectos no resueltos por la Corte IDH ni por la doctrina en relación a los alcances de este control de convencionalidad en sede nacional²⁹, este control ya puede considerarse "como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región"³⁰.

V. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Ámbito de aplicación del artículo 8 de la Convención Americana

a) Extensión a la etapa de investigación que sirve de presupuesto a un proceso

La Corte IDH ha señalado que las garantías del artículo 8.1 de la Convención no se aplican solamente a tribunales o procesos judiciales, sino también a los procedimientos que, aun cuando no sean estrictamente jurisdiccionales, constituyen el presupuesto de un proceso judicial, tales como las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y el avance del mismo³¹.

En el caso **Rosendo Cantú**, haciendo aplicación de este principio, la Corte IDH señaló que, aunque no hubieran existido actuaciones propiamente judiciales en el fuero militar, el hecho de que las investigaciones penales referidas a la violación sexual sufrida por Valentina Rosendo fueran dirigidas por el fuero militar, constituía una infracción a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención:

"[...] la Corte concluye que la intervención del fuero militar en la averiguación previa de la violación sexual contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados [...] [L]a incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú [...]" (Caso Rosendo Cantú, párr. 161)

b) Aplicación de las garantías mínimas del artículo 8.2 a procedimientos no penales

Frente a la pregunta de si el procedimiento administrativo al que fue sometido el señor Vélez Loor debía regirse por las garantías del debido proceso, la Corte respondió afirmativamente. De acuerdo con ésta, toda decisión que adopte una autoridad y que afecte derechos fundamentales de las personas debe sujetarse a las exigencias del artículo 8.1 de la Convención. Sin embargo, la Corte fue más allá y añadió que las llamadas "garantías mínimas" contempladas en el artículo 8.2 eran aplicables a un procedimiento administrativo sancionatorio como el que afectaba a Vélez Loor. Lamentablemente, la Corte no precisó si la razón de ello radicaba en la naturaleza o características de este procedimiento, sino que sólo aludió a su jurisprudencia previa³² en la que sostuvo que tales garantías se extendían también a la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter":

"[...] [E]l artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda". (Caso Vélez Loor, párr. 142)

Medidas para asegurar el acceso a la justicia de niños y niñas

En caso de que sea un menor de edad quien ha sido víctima de una violación de derechos humanos, la postura de la Corte ha sido que el Estado asume una posición especial de garante. Conforme ésta, el Estado debe atender a las necesidades especiales de este titular de derechos, de manera de resguardar los derechos de los niños y niñas.

24 Caso Cabrera García, *supra* nota 9, Voto Razonado del juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor, párrs. 18-20.

25 Anteriormente, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), la Corte IDH había realizado algunas precisiones en cuanto al control de convencionalidad en sede nacional: (i) la Corte habló ya directamente del control de convencionalidad y no de una "especie" de él, (ii) señaló que este control debía ejercerse "ex officio" por parte de los órganos del poder judicial y (iii) agregó que este control debía realizarse en el marco de las "respectivas competencias" y "regulaciones procesales" de los órganos del poder judicial de los Estados (Sagüés, *supra* nota 8, p. 119).

26 Caso Cabrera García, *supra* nota 9, párr. 225.

27 *Ibidem*, Voto Razonado del juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor, párrs. 21-43. Ver también en este sentido, Sagüés, *supra* nota 8, p. 120-124; y Hitters, *supra* nota 6, p. 119-124.

28 Sagüés se detiene en la siguiente frase de los párrafos citados de la Corte IDH: "[...] cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana [...]" (Destacado agregado). Sagüés, *supra* nota 8, pp. 125-127.

29 Sagüés se pregunta si la declaración de "inconvencionalidad" produciría efectos relativos o erga omnes (Sagüés, *supra* nota 8, p. 127-128). Mac-Gregor se pregunta si la declaración de inconvencionalidad produciría efecto ex nunc (hacia el futuro) o ex tunc (retroactivo) en Caso Cabrera García, *supra* nota 9, Voto Razonado del juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor, párrs. 53 y ss.

30 Sagüés, *supra* nota 8, p. 119.

31 Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C N.º. 193, párr. 145; Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C N.º. 203, párr. 120.

32 Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º. 71, párr. 70; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º. 74, párr. 103; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N.º. 72, párr. 125.

En el caso **Rosendo Cantú** la Corte sostuvo que es deber del Estado adoptar las medidas especiales que sean necesarias para asegurar el efectivo goce de los derechos humanos por parte de los niños y niñas y que este deber resultaba reforzado en el caso de Valentina Rosendo, dada su condición de indígena. Tales medidas pueden ser de diversa índole pero, tratándose de procedimientos que puedan afectar los derechos de niños y niñas, la Corte destacó tres exigencias relevantes respecto a la forma en que debiese ser aplicado el interés superior del niño en dicho ámbito:

“La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.” (Caso **Rosendo Cantú**, párr. 201)

Uso indebido de recusaciones para dilatar el procedimiento

Como parte del debido proceso legal, especialmente, en el ámbito penal, se ha contemplado la existencia de la institución procesal de la “excusa” o “recusación”, destinada a que las partes de un proceso tengan la posibilidad de inhabilitar a un juez, conforme a ciertas causales establecidas en la ley, para evitar que siga conociendo del asunto, por carecer de la suficiente imparcialidad.

En el caso **Ibsen Cárdenas** se puede observar cómo una figura legal que, en principio, es acorde al Derecho Internacional de Derechos Humanos puede implementarse y aplicarse en el orden interno en contraposición a su objeto y fin, acarreando la responsabilidad internacional del Estado. En el caso en comento se presentaron 111 excusas en 9 años de proceso, que fueron las causantes de la tardanza injustificada del procedimiento penal. Al respecto, la Corte IDH, sin analizar si las excusas presentadas eran legales o no, determinó que el Estado vulneró no sólo el artículo 8.1 sino también el artículo 2 de la Convención Americana, dado que en este caso la propia legislación había facilitado el abuso de esta institución:

“[...] [S]e concluye que la constante presentación de excusas comprometió la seriedad de la conducción del proceso penal interno, y que aquéllas afectaron el trámite del proceso por las dilaciones provocadas a causa de su mínimo control, dejando al arbitrio y a la voluntad de los jueces elevar las excusas a consulta del superior si las consideraban ilegales y, además, bajo pena de ser sancionados en caso de que las excusas fueran legales, todo ello a consecuencia de la legislación aplicada” (Caso **Ibsen Cárdenas**, párr. 190).

El Derecho de defensa en relación a la privación de libertad y a la situación migratoria irregular

En el caso **Vélez Loor** la Corte IDH analiza la importancia que tiene el derecho de defensa técnica para quienes deben enfrentar un proceso administrativo sancionatorio y para quienes se encuentran privados de libertad. Particularmente, la Corte aborda estas problemáticas desde el punto de vista de la posición de la víctima de este caso: un extranjero en situación migratoria irregular. Esto último requería ponderar la condición de vulnerabilidad en que se encuentra una persona que no conoce el sistema legal imperante en el país donde se le detiene con motivo de un procedimiento administrativo sancionatorio. Al respecto, la Corte señaló que:

“En este contexto, es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.” (Caso **Vélez Loor**, párr. 132)

a) Derecho a contar con defensa técnica de su elección o proporcionada por el Estado

Tras señalar en el caso **Vélez Loor** que las “garantías mínimas” eran aplicables a otros procedimientos no penales, la Corte IDH pasó a analizar la exigibilidad del derecho a defensa técnica respecto de un extranjero sometido a un procedimiento administrativo sancionatorio, por infracción de regulaciones migratorias. La Corte IDH señaló que era deber del Estado proporcionarle defensa técnica gratuita si es que aquel no contaba con los medios para proveerse la asistencia de un abogado. Para ello, la Corte tuvo en consideración las características del procedimiento en cuestión y, particularmente, los efectos —de carácter punitivo— de la decisión adoptada por la autoridad en el marco del referido procedimiento administrativo. En este sentido, la Corte consideró que la posible deportación, expulsión o privación de libertad del señor **Vélez Loor** hacía imperativo que éste contara con defensa técnica desde el inicio del procedimiento:

“[...] Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento [...]” (Caso **Vélez Loor**, párr. 132)

“La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia.” (Caso **Vélez Loor**, párr. 146)

b) Derecho a la información y al acceso a la asistencia consular

Cuando una persona debe afrontar un proceso que supone su privación de libertad en un país del cual no es nacional, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, fundada en el posible desconocimiento del idioma y del sistema jurídico al que se enfrenta. Ante esto, el derecho de asistencia consular —regulado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— busca resguardar el derecho al debido proceso y el efectivo acceso a la justicia de quienes son juzgados en un país del cual no son nacionales. En este sentido, la Corte IDH ha precisado que este derecho forma parte de las “garantías mínimas” contempladas en el artículo 8.2 que establece la Convención Americana en favor de toda persona inculpada de un delito:

“Es pertinente recordar que el derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado como un componente de las “garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa”. Es así que la Corte ha destacado varios actos relacionados con la defensa en los que el cónsul puede asistir al detenido [...]”. (Caso Vélez Loor, párr. 157)

Esta garantía fue tratada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva sobre “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, dentro del marco de un procedimiento penal donde se consideró que, en caso de no existir este tipo de asistencia, el inculpado no podría ejercer de forma cabal sus derechos³³. No obstante, es preciso destacar que en el caso **Vélez Loor**, en cambio, la Corte IDH analizó la exigibilidad de este derecho respecto de un inmigrante sometido a un proceso administrativo de regularización migratoria:

“La Corte observa que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”. (Caso Vélez Loor, párr. 152)

En cuanto al contenido de esta garantía, la Corte IDH destacó en el caso **Vélez Loor**, que ésta comprendía al menos tres elementos esenciales³⁴: el derecho del detenido a ser informado de los derechos que le aseguraba la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; la posibilidad de comunicarse efectivamente con el funcionario consular; y el derecho a la asistencia consular misma. Adicionalmente, la Corte IDH puntualizó que el derecho a comunicarse efectivamente con el funcionario consular comprende a su vez dos prerrogativas: el derecho del detenido a comunicarse libremente con el o los funcionarios consulares y el derecho a recibir visitas de ellos. Este último aspecto puede revertir particular importancia, ya que según la Corte IDH, su observancia puede repercutir no sólo en la protección del derecho a defensa del detenido, sino incluso proyectarse en la salvaguarda de sus derechos a la integridad y a la libertad:

“En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, la Convención de Viena dispone que al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares; y 2) recibir visitas de ellos [...] Las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la “protección de los intereses” del detenido nacional, particularmente los asociados con “su defensa ante los tribunales”. De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa”. (Caso Vélez Loor, párr. 158)

VI. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En el caso **Vélez Loor** la Corte IDH reconoció que la víctima no había podido acceder a la justicia en condiciones de igualdad y que, consecuentemente, había sufrido discriminación. El señor Vélez Loor no contó con asistencia letrada ni fue notificado oportunamente de su derecho a asistencia consular, lo que le impidió cuestionar su privación de libertad. La Corte IDH estimó que estas limitaciones injustificadas implicaban que el Estado había incumplido su obligación de garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación, en perjuicio del señor Vélez Loor:

“En el presente caso ha quedado demostrado que el señor Vélez Loor no contó con dicha asistencia, lo cual tornó inefectiva la posibilidad de acceder y ejercer los recursos para cuestionar las medidas que dispusieron su privación de libertad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. [...] [E]l Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”. (Caso Vélez Loor, párr. 254)

Sin embargo, llama la atención la forma en que la Corte analizó la ocurrencia de esta discriminación. Al abordar esta última, la Corte parece apartarse de la necesidad de analizar los factores estructurales que determinan ciertas violaciones a los derechos humanos³⁵ y sugiere que la discriminación sufrida por Vélez Loor respondería a una situación aislada. Frente a la alegación de que esta última se insertaba en un contexto de desigualdad en el goce de derechos que afectaba a los inmigrantes, la Corte acudió a argumentos formales para negarlo. En su opinión, la existencia de semejante contexto era una cuestión de hecho que debía ser probada por quienes la invocaban, es decir, por las víctimas; lo cual no se había logrado en el presente caso. Esta conclusión resulta inquietante, ya que por una parte, parece difícil de conciliar con la asentada regla según la cual es el Estado el que tiene la carga de la prueba frente a una alegación de discriminación, sea ésta directa o indirecta³⁶; y por otra, dicha apreciación parece apartarse de algunos de los criterios relativos a la valoración de la prueba establecidos en el caso **Velásquez Rodríguez**. En efecto, en esta última sentencia, la Corte destacó, entre otras cosas, que su valoración de la prueba no estaba sujeta a las mismas formalidades y rigideces con las que operan los tribunales nacionales³⁷. A la vez que resaltó la importancia de las pruebas circunstanciales, de los indicios y las presunciones³⁸. La posición adoptada por la Corte en el caso **Vélez Loor** abre la puerta a estas interrogantes, cuya clarificación requería de una mayor fundamentación.

33 Opinión Consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, OC-16/99, párr. 120 y ss

34 Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N° 218, párr.153.

35 En este sentido, ver por ejemplo, el comentario de fondo del Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/10. Asimismo, ver Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°205, párrs. 129, 152, 282, 293-294, y 450.

36 Corte Europea de Derechos Humanos, Case Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (Fondo), sentencia de 23 de julio de 1968. Asimismo, la Corte IDH, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Opuz vs. Turquía, reconoció que “una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación”. Caso Campo Algodonero vs. México, párr. 396. Ver también, CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos 22 de octubre de 2002, párr. 331; Informe sobre acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, 20 de enero de 2007, párr. 83. En el mismo sentido, ver Consejo Europeo de Derechos Humanos, Directiva 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, artículo 4.1: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, correspondan a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

37 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrs. 127-128.

38 Ibidem, párr. 130.

VII. COMENTARIO DE FONDO

La violación sexual como tortura

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Pará”) define “violencia contra la mujer” como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Como se desprende de esta definición, una de las formas en la que se puede manifestar la violencia de género es la violencia sexual. Esta última se configura —en palabras de la Corte IDH— a través de acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una mujer sin su consentimiento, y que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno³⁹. Como lo ha señalado la misma Corte IDH, la forma paradigmática de la violencia sexual es la violación sexual⁴⁰.

A su vez, entre las diversas conductas que atentan gravemente contra la integridad de las personas, la tortura constituye la expresión más severa y su total prohibición tiene el carácter de norma imperativa de *jus cogens*⁴¹.

Dicho esto, cabe preguntarse: ¿Puede la violación sexual ser considerada tortura?⁴²

La Corte IDH reconoció por primera vez que la violación sexual podía constituir tortura en el caso del **Penal Miguel Castro Castro**⁴³, luego de que años antes, en el caso **Loayza Tamayo**, rechazara analizar esta posibilidad al no dar por acreditada la violación sexual de la víctima⁴⁴. Afortunadamente, el precedente asentado en el caso del **Penal Castro Castro** ha sido desarrollado y consolidado a través de sus sentencias en los recientes casos **Fernández Ortega** y **Rosendo Cantú**. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido una valiosa evolución que ha dado muestra de avances concretos en la superación de la invisibilización de las mujeres en el derecho internacional de derechos humanos⁴⁵ y su consiguiente desprotección.

En el ámbito del sistema interamericano, la CADH no define el término tortura. Para determinar qué debe entenderse por tal, en relación a la prohibición contenida en artículo 5.2 de la CADH, la Corte IDH ha recurrido a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (“Convención contra la Tortura”) y, especialmente, a la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (“CIPST”). Las definiciones contenidas en ambos instrumentos⁴⁶ tienen elementos comunes que han sido reconocidos y utilizados por la Corte IDH. En efecto, desde el caso **Bueno Alves**⁴⁷, la Corte IDH ha entendido que un acto constituye tortura sólo si es que cumple con los siguientes requisitos copulativos, que se desprenden de los citados instrumentos: (i) es intencional; (ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y (iii) se comete con uno o más de los fines o propósitos prohibidos por dichas convenciones⁴⁸.

Sin perjuicio de ello, existe también un cuarto elemento que caracterizaría la tortura, de acuerdo a los mencionados tratados: la intervención de un funcionario público, ya sea infligiendo directamente los actos que causan sufrimiento o bien instigándolos, ordenándolos, induciéndolos, consintiendo o manifestando su aquiescencia⁴⁹.

En general, la configuración de la tortura a través de estos elementos ha suscitado la crítica y el temor de quienes ven en ellos un obstáculo para contrarrestar la violencia contra las mujeres. Dado que estos criterios reflejarían la tradicional dicotomía entre lo público y lo privado —determinante de roles y estereotipos de género— tal definición de tortura podría estar condicionada para brindar mayor protección a los hombres que a las mujeres⁵⁰. En particular, la exigencia de que concurra, de alguna forma, un agente del Estado en su perpetración, parece dejar al margen las formas más frecuentes de violencia que padecen las mujeres, esto es, aquella que sufren a manos de agentes no estatales y en espacios privados. Asimismo, se ha señalado que los fines prohibidos por ambos instrumentos se enmarcarían también en el ámbito de lo “público”, facilitando la exclusión de la violación sexual, que ha sido usualmente vinculada con móviles u objetivos “privados”⁵¹.

Pese a ello, en los casos **Fernández Ortega** y **Rosendo Cantú** la Corte IDH no sólo calificó la violación sexual de las víctimas como tortura, sino que además adoptó, respecto de diversos aspectos, una interpretación que se aleja de las mencionadas objeciones y que busca asegurar una mayor y efectiva protección de la integridad de las mujeres. En este sentido, la Corte asume una definición amplia de la violación sexual y aclara que ésta puede tener lugar en espacios que no son de dominio público o estatal⁵². Si la existencia de tortura no está determinada por su lugar de ocurrencia, podría también verificarse por su perpetración en espacios privados, como el domicilio. Con esto, la Corte se ubica en la misma línea adoptada por el Comité contra la Tortura desde el año 2007⁵³:

39 Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *supra* nota 19, párr. 306. Caso Fernández Ortega, *supra* nota 20, párr. 119. Caso Rosendo Cantú, *supra* nota 9, párr. 109.

40 *Idem*, casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú.

41 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, (52) (1994), párr. 10.

42 Debe tenerse presente que no siempre que se esté en presencia de violencia de género se estará necesariamente ante un acto de tortura. Como se verá a continuación, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de tortura, la caracterización de la violencia de género —a la cual pertenece la violación sexual— dado por la Convención de Belém Do Pará, no exige, por ejemplo, que el acto haya sido cometido con uno o más fines prohibidos, ni que haya causado “severos” sufrimientos físicos o mentales a la víctima.

43 Caso del Penal Castro Castro, *supra* nota 19, párrs. 310-312. Previo a esta sentencia, sin embargo, la Corte hizo una primera aproximación con perspectiva de género al tema de la violencia sexual contra las mujeres en el caso Masacre Plan de Sánchez (Reparaciones). Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 49.19.

44 Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 58. Asimismo, es interesante observar que con anterioridad a este caso, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la violencia sexual padecida por una mujer detenida y posteriormente desaparecida, pero omitió toda consideración al respecto. En efecto, en el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, la Corte IDH ni siquiera analizó bajo el artículo 5 de la CADH el hecho de que la víctima, María del Carmen Santana, habría sido detenida por efectivos militares y mantenida desnuda, atada de manos. La Corte omitió cualquier valoración de la desnudez forzada de la víctima mientras fue vista con vida en manos de agentes del ejército colombiano. Al respecto, la Corte desestimó la credibilidad de los testigos, pese a que sirvieron para dar por probada la violación del derecho a la libertad personal de las víctimas. La Corte concluyó que no hubo violación a su integridad personal, pasando por alto la jurisprudencia asentada desde el caso Velásquez Rodríguez. Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Ver Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párrs. 36, 38, 39 y 53.f.

45 Para una crítica a la invisibilización y falta de protección de las mujeres por el derecho internacional de derechos humanos, ver Charlesworth, H. “¿Qué son los ‘derechos humanos internacionales de la mujer’?” en Cook, R. (Ed). *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Bogotá, 1997, pp.55-80. Sobre la evolución de la protección internacional de los derechos de las mujeres ver, entre otros, CLADEM, *La incorporación de la mirada de género por los Comités Monitores de Naciones Unidas*, Lima, 2009. Ver también Palacios, P. *El Tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas*, Centro de Derechos Humanos, 2011.

46 El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone: “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”. Por su parte, el artículo 2 de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura establece que: “para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

47 Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 164, párr. 79.

48 En un importante fallo del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se estableció que hay tres elementos en la tortura que no son objetivos 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 algo. Por otra parte, este tribunal señala que hay tres elementos que permanecen en contienda y, por lo tanto, no formarían 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 aquiescencia. Trial Chamber, Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Sentencia de 22 Febrero de 2001, párrs. 483-484; citado en Caso González y otros (“Campo Algodonero”) vs. México, *supra* nota 35, Voto Razonado de la Jueza Medina Quiroga.

49 Artículos 1 y 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, respectivamente.

50 Charlesworth, A. et al; “Feminist approaches to International Law” en *American Journal of International Law*, Vol 85, 1991, p. 627-628. Para un análisis sobre la respuesta de los sistemas de justicia al fenómeno de la violencia sexual contra las mujeres y sus implicancias desde el punto de vista de sus derechos, ver Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy, 12 de febrero de 1997. E/CN.4/1997/47, párrs. 17-43 y 159-167.

51 Byrnes, A. “The Convention against Torture” en Askin, K et al. (eds), *Women and International Human Rights Law*, 3, 1999, pp. 195-196 citado en Fortin C. “Rape as Torture. An evaluation of the Committee against Torture’s attitude to sexual violence” en *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 3, December, 2008, p. 146.

52 Caso Rosendo Cantú, *supra* nota 9, párr.118 y Caso Fernández Ortega, *supra* nota 20, párr. 128.

53 CAT, V.L vs. Suiza, Comunicación No. 262/2005, 22 de enero de 2007, párr.8.10; Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, documento CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 22.

[...] [E]sta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto [...]. (Caso **Fernández Ortega**, párr. 128; en similar sentido: caso **Rosendo Cantú**, párr. 118)

Asimismo, respecto de la finalidad perseguida, la Corte IDH ha reconocido que la tortura y, como tal, la violación sexual, puede ser cometida con otros propósitos de distinto carácter que los mencionados tanto en la Convención contra la Tortura como en la CIPST:

“La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. [...]”. (Caso **Rosendo Cantú**, párr. 117. Caso **Fernández Ortega**, párr. 127)

Esta posición, por cierto, se apoya en la naturaleza no taxativa de las disposiciones convencionales que establecen que la tortura se realiza con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio o de coacción, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación o con cualquier otro fin⁵⁴. La incorporación de objetivos tales como los de humillar, degradar y controlar, llevada a cabo también por otros tribunales y órganos de protección internacionales⁵⁵, permiten acercar la definición de tortura a las circunstancias y características propias de una violación sexual. Asimismo, esto sugiere que la violación sexual como tal satisface cualquiera de las finalidades exigidas para calificar un acto como tortura.

Por otra parte, en cuanto a la intensidad del sufrimiento, la Corte IDH ha reconocido que la violación sexual conlleva inherentemente el sufrimiento severo de la víctima, puesto que constituye una experiencia extremadamente traumática que genera un profundo daño físico y psicológico, difícilmente superable por el paso del tiempo⁵⁶. En este sentido, es preciso hacer presente que, en último término, es la intensidad del sufrimiento padecido lo que caracteriza un acto como tortura y lo distingue de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁷. La Corte IDH, así como el Comité contra la Tortura⁵⁸ y otras instancias de protección internacional, reconoce expresamente que la violación sexual cumple intrínsecamente con el requisito de la severidad del sufrimiento que caracteriza a la tortura:

[...] [E]s inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. [...]”. (Caso **Rosendo Cantú**, párr. 114. Caso **Fernández Ortega**, párr. 124)

Sin embargo, hay un aspecto en el que la Corte IDH parece apartarse de la línea de argumentación del Comité contra la Tortura, así como de otros tribunales internacionales que han avanzado en el reconocimiento de la violación sexual como tortura. Este punto de desencuentro es el que se refiere a la exigencia de intervención de un agente del Estado —sea cometiendo, instigando, ordenando, induciendo, consintiendo o no impidiendo, cuando podría hacerlo— en un acto de tortura. La jurisprudencia de la Corte IDH no ha requerido expresamente la intervención de agentes estatales para calificar un acto como tortura. Más aún, habiendo utilizado como marco de interpretación la Convención contra la Tortura y la CIPST, la Corte ha evitado referirse a ese elemento, contenido en los artículos 1 y 3 de los citados instrumentos. No obstante ello, la exigencia de participación de un funcionario público en la calificación de la violación u otras formas de violencia sexual como tortura, subyace a las sentencias de la Corte IDH.

En efecto, tanto en el caso **Fernández Ortega** como **Rosendo Cantú**, se acreditó que la violación sexual de las víctimas —calificada por la Corte como tortura— había sido perpetrada por miembros de las Fuerzas Armadas de México. Sin embargo, cuando la Corte tuvo que evaluar, en el caso **Campo Algodonero**⁵⁹, la violación sexual de mujeres cometida por terceros ajenos al aparato estatal y sin la participación de funcionarios públicos que concurren en su perpetración, declinó de calificarla como tortura⁶⁰, pese a que se verificaban todas las restantes condiciones para hacerlo. En esta sentencia, la Corte IDH estableció claramente que el Estado había tenido “*conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas*”; así como también reconoció que “*el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas*”, concluyendo que ello constituía un “*incumplimiento del deber de garantía [que] es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad— y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer*”. Con todo, la Corte IDH no calificó como tortura los ataques sufridos por las víctimas.

Aunque la Corte no lo haya explicitado, es claro que al resolver de esa forma tuvo en consideración lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la Convención contra la Tortura y de la CIPST, respectivamente. El hecho que haya acudido a lo establecido en esos instrumentos, sin embargo, no es en sí mismo objetable⁶¹. Lo realmente problemático es que al hacerlo, la Corte IDH haya optado por una interpretación demasiado estrecha de los conceptos “consentimiento” o “aquiescencia”.

Resulta casi incomprensible que en el caso **Campo Algodonero** la Corte IDH haya consolidado importantes criterios en materia de imputación de responsabilidad del Estado por actos de particulares, dando aplicación al estándar de *debida diligencia* y que, al mismo tiempo, haya concluido que las víctimas no padecieron tortura⁶². En este punto, la Corte IDH vuelve a quedar en deuda con las mujeres y se aleja de la jurisprudencia internacional más reciente y destacable desde la perspectiva de la lucha contra la violencia de género:

“El Comité ha dejado claro que cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetrar 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 de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención 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 víctimas”. (Comité contra la Tortura, **Observación General No 2**, de 24 de enero de 2008, párr. 18. El destacado es nuestro)**

54 El artículo 1 de la CIPST dispone que los actos de tortura se realizan “con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”. Por su parte, el artículo 2 de la Convención Contra la Tortura establece que aquellos son perpetrados “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”.

55 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor vs. Anto Furundzija, Case No IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, párr.162; CAT, V.L v. Suiza, supra nota 53, párr.8.10.

56 Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 19, párr. 311. Caso Rosendo Cantú, supra nota 9, párr. 114. Caso Fernández Ortega, supra nota 20, párr. 124.

57 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 20 que reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7), 1992, párr. 4; CEDH, Case of Ireland vs. The United Kingdom, Application no. 5310/71. Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 167. Sobre la necesidad de definir “Tortura”, ver Nash. C. “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV, Montevideo, 2009, pp. 585-601.

58 CAT, V.L v. Suiza, supra nota 53, párr.8.10; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 150.

59 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, supra nota 35.

60 En esta sentencia la Corte pudo apreciar que lo padecido por las víctimas cumplía con todas las condiciones necesarias para considerarlo tortura, con la salvedad de que no se pudo acreditar que en tales actos hubiese intervenido un funcionario público.

61 Aunque sí es conveniente destacar que, como lo señalara la ex presidenta de la Corte, Cecilia Medina Quiroga, la Corte IDH no está obligada a recurrir a esos instrumentos para definir el contenido y alcance de la Tortura. La Convención Americana es posterior a la Convención contra la Tortura y a la CIPST y éstas, en virtud de las normas de interpretación de los tratados sobre derechos humanos, no pueden producir el efecto de restringir la mayor protección que podría brindar la Convención Americana. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, supra nota 35, Voto Razonado de la Jueza Medina Quiroga.

62 Para un análisis sobre la potencialidad del estándar de debida diligencia y su relación con el concepto de “aquiescencia” de la Convención contra la Tortura, ver Fortin C. “Rape as Torture. An evaluation of the Committee against Torture’s attitude to sexual violence” en *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 3, December, 2008, pp. 145-162.



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Santiago de Chile
Pío Nono 1, Providencia
Teléfono (56-2) 978 52 71 / Fax (56-2) 978 53 66
www.cdh.uchile.cl
cdh@derecho.uchile.cl