

INFORME QUE COMO *AMICUS CURIAE* PRESENTAN

El Consejo General de la Abogacía Española

y

La Fundación del Consejo General de la Abogacía Española

**ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

EN EL CASO ROSENDO CANTÚ vs MÉXICO

ÍNDICE

I. OBJETO DEL INFORME

II. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TORTURA

II.1. LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO DE TORTURA

II.2. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, A PROPÓSITO DEL RECONOCIMIENTO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TORTURA

II.3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

II.4. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA MUJER

III. LA JUSTICIA MILITAR Y LOS DELITOS. LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

III.1. EL ESTADO MEXICANO NO PUEDE INVOCAR SU DERECHO INTERNO PARA JUSTIFICAR SU ACTUACIÓN. SU RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEBE SER DETERMINADA A PARTIR DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

III.2. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO: CUESTIONES GENERALES (ART. 8º DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

III.3. EL ESTADO MEXICANO VULNERÓ EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A UN JUEZ NATURAL, QUE FORMAN PARTE DEL DEBIDO PROCESO. NO ESTAMOS ANTE UN DELITO DE FUNCIÓN POR LO QUE NO RESULTABA COMPETENTE LA JUSTICIA MILITAR

IV. LINEAMIENTOS SOBRE EL TRATAMIENTO MÉDICO QUE DEBEN RECIBIR LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA, ESPECIALMENTE SEXUAL, POR PARTE DE LAS INSTANCIAS DE SALUD DEL ESTADO. ALGUNAS REFERENCIAS A PROTOCOLOS ESPAÑOLES.

V. CONCLUSION

I. OBJETO DEL INFORME

Bajo el argumento de combatir el narcotráfico y los grupos rebeldes, México militarizó progresivamente el Estado de Guerrero, o, como él mismo reconoció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hubo “*un incremento de la presencia militar*” en la región. Como consecuencia de ello, tal como señalaron distintas organizaciones internacionales, en la zona de conflicto armado se han producido violaciones a los derechos humanos contra la población civil por parte de los militares. Por otra parte, el Estado de Guerrero es una de las zonas de la región sur con mayor población indígena.

En ese contexto, el 16 de febrero de 2002 Valentina Rosendo Cantú, una joven indígena próxima a cumplir 17 años de edad, que vivía en el Estado de Guerrero, fue agredida y violada por militares mexicanos que se encontraban en acto de servicio. Valentina denunció estos hechos ante las autoridades correspondientes dando lugar a que la justicia ordinaria declinara su competencia a favor de la justicia militar, bajo el argumento de que los hechos denunciados constituían delitos de función. La justicia Militar investigó la denuncia y resolvió archivarla argumentando que los hechos denunciados no habían sido probados.

El objeto de este informe que, como *amicus curiae*, presentamos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte Interamericana”, la “Corte IDH” o simplemente la “Corte”) consiste en exponer los fundamentos por los cuales consideramos **1)** que la violación sufrida por Valentina constituye, en este caso, un acto de tortura que viola sus derechos más elementales y su dignidad como persona; **2)** que la investigación y juzgamiento del caso, por parte de la justicia militar, significó una vulneración del derecho de Valentina a un debido proceso legal, concretamente de su derecho de acceso a la justicia y de su derecho a un juez natural. Circunstancias ambas que originan la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de los derechos humanos de Valentina Rosendo Cantú.

Nuestro informe también tiene por objeto exponer algunos lineamientos sobre el tratamiento médico que deben recibir las mujeres víctimas de violencia sexual, por parte de las instancias de salud del Estado, así como algunos protocolos vinculados con la

recopilación de pruebas que deberían seguir los profesionales de salud, en los casos de violación sexual.

II. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TORTURA

Nadie duda hoy en día que el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos es el elemento esencial de la libertad, la justicia y la convivencia en paz. Desde la humanización del Derecho internacional contemporáneo el respeto por los derechos humanos como un derecho inherente a la persona, al margen de su nacionalidad, origen, sexo o cualquier otra circunstancia, ha sido una prioridad para la comunidad internacional. No hay que olvidar que el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) parte de la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana.

No se olvide que la dignidad es el valor intrínseco de la persona humana. Un valor que responde a su ser único e irrepetible, que lo convierte en un fin en sí mismo, por lo que jamás debe ser tratado como objeto ni como simple medio. Un valor que supone el mutuo reconocimiento de la igual dignidad entre todos y cada uno de los seres humanos. Bajo este concepto, la dignidad remite a la existencia en todos y cada uno de los seres humanos de algo intrínsecamente valioso, que no puede entrar en el campo de lo negociable, de lo disponible, sea por parte del poder político, de terceras personas o del propio interesado. Indica la existencia en todos y cada uno de los seres humanos de un ámbito inviolable. Ir en contra de ese límite, sea de manera actual o potencial, haría a cualquier acto o decisión una actuación inválida e injusta¹.

Por ese motivo, el preámbulo de la DUDH deja claramente establecido “*que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*” (apartado 1). “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (art.1 DUDH). Los derechos y libertades

¹ Cfr.: FERNÁNDEZ, Eusebio. “La dignidad de la persona”, en: *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 21, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

proclamados en esta Declaración son para todas las personas “*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*” (Art. 2.1).

No obstante hay que señalar la existencia de determinados grupos de personas más vulnerables, como los pueblos indígenas y/o las mujeres. Muestra de ello es el nacimiento de una serie de instrumentos específicos, temáticos, para atender a sus necesidades en los ámbitos universal y regional. Ante las necesidades de protección específica, la comunidad internacional ha ido adoptando normas internacionales que le brinden una mayor y mejor protección.

Con la humanización del Derecho internacional se ha incidido, además del reconocimiento y la protección de los derechos humanos, en la prohibición de algunos actos que atentan contra la dignidad del ser humano. Es el caso de la tortura. Ya en 1948 la Declaración Universal expresaba: “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” (art. 5). En la misma línea se pronuncian el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art.3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.2), y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (art. 5). Estos instrumentos no han sido lo suficientemente efectivos para evitar la comisión de la tortura. Es en este contexto que surge la necesidad de regular de modo preciso, esta figura, y se adoptan instrumentos internacionales, a nivel universal y regional, para prohibir esta lacra que tanto daño ocasiona en el ser humano. Estos instrumentos tienen un común denominador: señalar que todo acto de tortura constituye una ofensa a la dignidad humana. No hay que olvidar que el derecho a la integridad física, al igual que otros derechos humanos, nacen de la dignidad inherente de la persona humana. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el artículo 3 (prohibición de la tortura) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y, como tal, prohíbe en términos absolutos la tortura o tratos inhumanos o degradantes o castigos².

² Judgment of the European Human Rights Court of Strasbourg, *Case Aydin v. Turkey* (57/1996/676/866), 25 de septiembre de 1997, párrafo 81.

En el ámbito americano se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), cuyo artículo 2 define a la tortura como *“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...**”*

Asimismo, este instrumento regional en su artículo 3 determina quiénes pueden ser responsables del delito de tortura, y menciona dentro de ellos a **los empleados o funcionarios públicos** que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. Esta Convención deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH ó Convención Americana), por otras Convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos humanos respecto del delito de tortura (Art. 16).

Por otro lado en el ámbito universal en 1984 se aprueba la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penal Crueles, Inhumanas o Degradantes. Este instrumento define a la tortura como *“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 inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia**”*. Este artículo se entiende sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga disposiciones de mayor alcance (art.1.2).

II.1. LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO DE TORTURA

De los distintos instrumentos internacionales de protección de las personas, tanto regionales como universales, se advierte un común denominador en los elementos que hacen que se configure el delito de tortura. Como bien señaló la Corte Interamericana,

tomando en cuenta la definición sobre tortura que recoge el artículo 2.1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³ (CIPST), estos son:

1. Que sea un acto intencional
2. Que cause severos sufrimientos físicos o mentales
3. Que se cometa con determinado fin o propósito.

Conforme al artículo 3 de la CIPST, para que se configure la tortura, esta debe ser cometida por **a)** los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan, **b)** las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso ‘a’ ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Teniendo en cuenta la violación sexual sufrida por la menor indígena Valentina Rosendo Cantú en el 2002, las circunstancias y el contexto que rodean este ilícito, podemos señalar que dicha violación sexual constituye tortura. Para sustentar esta afirmación, a continuación analizaremos los hechos relevantes del caso, teniendo en cuenta los parámetros establecidos tanto por la Corte Interamericana como por otros tribunales internacionales de protección de la persona.

1.- Que sea un acto intencional: este es un elemento que exige la presencia del dolo. Como bien señaló la Jueza Medina Quiroga, “La intencionalidad se refiere a la conciencia del sujeto de que está realizando un acto que va a causar un sufrimiento o un sentimiento de humillación”⁴. Para la Corte Interamericana la intencionalidad se presenta cuando “*los actos cometidos son deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito*”⁵. Por ello, la Corte, antes de calificar los actos como tortura, en el Caso Caesar, tomó en cuenta la intencionalidad, la severidad del sufrimiento y la finalidad del trato⁶.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 79.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”), vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, en su Voto Concurrente, párrafo 3.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bueno Alves*, Op. cit., párrafo 81.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar vs. Trinidad Tobago*, sentencia de 11 de marzo de 2005, párrafos 72 y 73.

Lo sucedido el 16 de febrero de 2002 con Valentina Rosendo Cantú, no ha sido en ningún caso fortuito ni accidental, por cuanto los soldados del Ejército mexicano en el contexto de un operativo militar, abordan a la menor con la clara intención de obtener información sobre determinadas personas “encapuchadas”. Por las circunstancias que rodean el caso, queda claro que la intención de los agresores era hacer daño, como una forma de castigo y aviso para aquellas personas que no “colaboraran” con ellos. No se puede decir que los actos hayan sido accidentales o involuntarios. Los perpetradores del delito eran conscientes de la presión y el poder que ejercían sobre la menor, del daño psicológico que le estaban ocasionando con su actitud y, desde luego, del daño físico. Sabían lo que hacían y por qué lo hacían. Ejercieron actos de violencia de manera intencional desde un primer momento, los mismos que provocaron sufrimientos físicos y psicológicos en la menor.

2.- Que cause severos sufrimientos físicos o mentales. Para apreciar la severidad del sufrimiento en palabras de la Corte Interamericana se *“debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”*⁷.

Respecto a los factores endógenos debemos señalar, conforme a la declaración de Valentina Rosendo Cantú, que se encontraba sola, en un arroyo, en el momento en que es acorralada por agentes militares, quienes agresivamente comenzaron a formularle diversas preguntas y cuando ella manifestó que no tenía información, uno de ellos la apuntó con su arma manifestándole que la iba a disparar. Valentina vivió momentos de gran pánico al ser presionada, amenazada con un arma, y al estar rodeada de 8 militares armados en un lugar donde nadie la podía auxiliar. A ello, se suma la agresión física con la culata del arma, hasta desmayarla, y los golpes propinados, indicándole que si no contestaba, la matarían a ella y a todas las personas de la comunidad Barranca Bejuco;

⁷ Corte Interamericana, Caso Alves, Op. cit., párrafo 83

finalmente, como castigo por no identificar a la persona de la foto o no identificar a las personas de la lista, procedieron a violarla sexualmente hasta en dos ocasiones, por personas distintas y en presencia de los demás militares. El sufrimiento de Valentina era el goce de todos aquellos que se sentían poderosos, primero porque eran muchos frente a una niña temerosa y segundo por amedrentar con sus armas. Era una demostración de “poder” y una especie de aviso, una amenaza dirigida a aquellas personas que no “colaboraran” con los militares, por ejemplo, brindándoles información sobre determinadas personas o hechos. El desconocimiento de Valentina sobre las personas por las que se les preguntaba le costo el atentando más grande contra su dignidad como ser humano. De este modo, los miembros del Ejército Mexicano humillaron y demostraron su “poder” frente a la menor desvalida, su familia y su comunidad.

De la jurisprudencia del sistema interamericano y del sistema europeo se advierte la existencia en estos hechos de tortura física y psicológica⁸, en igual sentido al del informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles e inhumanos o degradantes. En la tortura física, el dolor es infligido directamente en el cuerpo; en la tortura mental o psicológica el objetivo es dañar la psique. Los dos tipos se relacionan entre sí y, en definitiva, ambos tienen efectos físico y psicológico⁹. La Corte interamericana ha señalado que para determinar un hecho como tortura, se debe tomar en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral. Asimismo, ha señalado que la amenaza y el peligro real de hacer sufrir a una persona una grave lesión física produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral que puede ser considerada “tortura psicológica”¹⁰. Así, las acciones que causan sufrimiento intenso, como consecuencia del terror y el pánico, se pueden considerar tortura.

⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 de noviembre de 2003, *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18 de agosto del 2000.

⁹ La versión original: “There are two main types of torture: Physical and psychological or mental. In Physical torture, pain is inflicted directly on the body; in the psychological or mental torture the aim is to injure the psyche. The two types are interrelated and ultimately, both have physical and psychological effects. Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. Report by the special rapporteur, Mr. P. Kooijmans, appointed pursuant to Commission on Human Rights resolution 1985/33. *U.N. Doc.E/CN.4/1986/15*, de 19 de febrero de 1986, párrafo 118.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Op. cit., párrafo 102; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Op. Cit., párrafo 92; *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 147.

Por su parte el Comité contra la tortura para llegar a la conclusión de que la violación sexual constituye tortura, consideró en otro caso el control físico al que estaba sometida la víctima:

*“En su evaluación del riesgo de tortura [...], el Comité considera que la autora estaba claramente sometida al control físico de la policía, si bien los actos en cuestión fueron perpetrados fuera de los locales oficiales de detención. Los actos cometidos, entre otros, son constitutivos de múltiples violaciones y con seguridad han sido causa de dolores y sufrimientos graves causados por varios propósitos no permisibles, en particular la interrogación, la intimidación, el castigo, la represalia, la humillación y la discriminación basada en el género. Por consiguiente, **el Comité estima que los abusos sexuales cometidos por la policía en este caso constituyen tortura, aunque hayan sido perpetrados fuera de los locales oficiales de detención**”¹¹.*

Teniendo en cuenta la tortura física y psicológica, se puede señalar que la violación sexual no solo es un atentado contra la integridad física sino también contra la salud mental. En el presente caso, probablemente el daño psicológico acompañe de por vida a la víctima, por cuanto se trata de un ataque a lo más íntimo del ser humano, a su propia dignidad, en presencia de muchas personas. El relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles e inhumanos o degradantes, al realizar una lista de los actos que constituyen métodos de tortura incluye dentro de ella la violación sexual¹². Por su parte, la Corte Interamericana reconoce que la violencia sexual contra la mujer genera para ésta consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras¹³.

En lo que respecta a los factores exógenos, se debe tener en cuenta dos aspectos esenciales. Conforme al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, Valentina Rosendo al momento de los hechos era una niña, y tenía derecho a las

¹¹ *V.L. vs. Switzerland*, Communication N° 262/2005, 20 of November 2006. UN Doc. CAT/C/37/D/262/2005 (2007), párrafo 8.10. La cursiva y negrita son nuestra.

¹² “The following list, which is not exhaustive, refers to some methods of physical torture: (...) sexual aggression: rape” *Report by the special rapporteur, Mr. P. Kooijmans*, Op.cit. párrafo 119. Además, véase: BLATT, D., *Recognizing Rape as a Method of Torture*, N.Y.U. Review of Law and Social Change 866, 1991-1992, pp. 821-865.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafo 313

medidas de protección, que en su condición de menor requería del Estado (art. 19 CADH). La Corte Interamericana en el *Caso Gómez Paquiyauri*, ha señalado que el análisis de la gravedad de los actos que puedan constituir tortura “*es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otros*”¹⁴. Así, en este caso, la Corte ha tenido en cuenta la edad de las víctimas para concluir que los hechos constituían tortura.

“[L]a Corte considera que el conjunto de hechos señalados, teniendo en particular consideración que las presuntas víctimas eran menores de edad, constituyen signos evidentes de tortura, a la luz de la definición del artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en violación del artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 9 de la Convención Interamericana contra la Tortura...”¹⁵.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar su condición de indígena y su situación especial de vulnerabilidad. La Corte Interamericana, al referirse a una comunidad indígena, tras recordar la igualdad de las personas ante la ley y la obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción, resalta que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, “*los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*”¹⁶. Bajo este razonamiento valora el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana en el *Caso Yakye Axa*, y al referirse a las implicaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con los pueblos indígenas señaló:

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso De los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 113.

¹⁵ Idem, párrafo 117.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo. 51.

*“En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*¹⁷.

De esta manera la Corte Interamericana reconoció las particularidades y la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas.

Valentina Rosendo Cantú ha visto destruido su proyecto de vida, y no obstante a sus sufrimientos y a su condición de víctima, ha tenido que enfrentar las dificultades propias de una mujer indígena violada sexualmente. Ha sido estigmatizada por parte de su comunidad y su familia, al extremo de verse obligada a vivir en otra comunidad.

3.- Que se cometa con determinado fin o propósito. Este elemento se refiere a los motivos por los cuales se ejecuta “dominación, discriminación, sadismo, logro de alguna acción u omisión de la víctima u otros”¹⁸. En el caso de Valentina Rosendo, el fin era producir un resultado, la obtención de información de la víctima. Respecto a este elemento la Corte Interamericana en el *Caso Cantoral Benavides* ha señalado que se trata de “*la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla*”¹⁹. En otro caso llegó a la conclusión de que los actos denunciados fueron perpetrados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener información relevante para el Ejército²⁰. Así, luego de valorar las pruebas y constatar los actos graves de violencia física y psíquica con el fin de obtener información señaló que éstas constituían tortura. Últimamente en el *Caso Bueno Alves*: “*la Corte considera que los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves*”²¹. En el caso materia de este informe, los militares presionaron, amenazaron, y golpearon a Valentina Rosendo Cantú con el objetivo de lograr información sobre determinadas personas “encapuchadas”. La

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakyé, Op.cit., párrafo 63.

¹⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”)*, Op.cit., Voto concurrente de la Jueza Cecilia Medina, párrafo 3.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides*, Op.cit., párrafo 97.

²⁰ Corte Interamericana, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 158

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bueno Alves*, ob.cit., párrafo 82.

intimidación tenía un claro objetivo: la obtención de información. Es de destacar que el Comité contra la tortura en su Observación General N° 2 señaló que “*los elementos de intencionalidad y finalidad del artículo 1 no entrañan una investigación subjetiva de las motivaciones de los autores, sino que deben ser conclusiones objetivas a la luz de las circunstancias*”²².

Conforme a las normas internacionales del sistema interamericano y universal, el sujeto activo del ilícito debe ser **un agente del Estado**. Al respecto debemos señalar que desde el inicio de las investigaciones hay una declaración lineal y coherente por parte de Valentina Rosendo Cantú indicando que fueron los soldados del Ejército mexicano los que la amenazaron, la golpearon y la violaron sexualmente, por no brindarle la información que requerían. En este caso es importante que la Corte Interamericana tome en cuenta el contexto en que sucedieron los hechos, la militarización de la zona.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Aydin*, un caso que se asemeja al de Valentina Rosendo Cantú porque no se ha identificado al autor del ilícito y se trata de una menor de edad, luego de destacar que la Comisión europea llegó a sus conclusiones sobre la base de la exigencia de pruebas adecuadas, a saber, la prueba más allá de toda duda razonable, reconoció que hubo inconsistencias en el testimonio de la demandante y su padre, como el Gobierno ha tomado nota. Según el tribunal “*la Comisión también es consciente de esas contradicciones, pero no considero que son de naturaleza tan fundamental como para minar la credibilidad de la versión de la demandante*”²³. Ante esta situación, el tribunal europeo valoró y consideró el alto grado de coherencia de las versiones dadas a lo largo del proceso, lo que hace muy improbables que las alegaciones de la demandante fueran falsas²⁴.

²² Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, *Observación General N° 12, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrafo 9.

²³ Judgment of the European Human Rights, *Case Aydin v. Turkey*, Op.cit. párrafo 72.

²⁴ *Ibidem*. Viene al caso recordar lo señalado por el Comité contra la Tortura en un caso en que el Estado señaló que lo sostenido por la víctima no era creíble porque las denuncias de abuso sexual y el informe médico que las respaldaban fueron presentadas tardíamente: “el Comité estima que las alegaciones de la autora son creíbles. Su explicación de la demora en mencionar las violaciones a las autoridades nacionales es totalmente razonable. Es un hecho bien conocido que la pérdida de intimidad, sumada a la perspectiva de sentir humillación sólo porque se revelan determinados actos, puede hacer que tanto mujeres como hombres oculten el hecho de que han sido objeto de violación y/u otras formas de abuso sexual hasta que sea absolutamente necesario revelarlo. En el caso particular de las mujeres, existe el miedo adicional de la vergüenza y el rechazo de su pareja o familiares (...)”. Así, para el Comité La afirmación del Estado Parte de que la autora debería haber planteado y fundamentado la cuestión del abuso sexual en una etapa anterior del procedimiento de revisión es un motivo insuficiente para

Por otro lado, el Tribunal europeo en este caso, luego de destacar que aún no se había determinado la identidad de la persona que cometió el ilícito, destacó que *“La violación de un detenido por un funcionario del Estado debe ser considerada como una forma especialmente grave y aborrecible, dada la facilidad con la que el agresor puede explotar la vulnerabilidad y débil resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápido como otras formas de violencia física o mental. La demandante también experimentó el agudo dolor físico de la penetración forzada, que debe haber dejado su sentimiento envilecido y violado tanto física como emocionalmente”*²⁵. Desde luego, este párrafo dibuja de modo claro lo que constituye una violación sexual y sus secuelas. Esta sentencia ha sido recogida por la Corte Interamericana²⁶.

El *Caso Aydin* es una de las sentencias paradigmáticas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que determina con claridad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que la violación sexual constituye tortura. Es una jurisprudencia pionera y acorde a la realidad en la que vivimos, por lo que constituye un gran avance en el reconocimiento de la violación sexual como delito de tortura. Calificar una violación sexual como tortura, desde luego, significa en primer lugar su reconocimiento como una violación grave y, en segundo lugar, implica mayores garantías de protección de los derechos.

Teniendo en cuenta cada uno de los elementos necesarios para que determinados actos constituyan tortura, se puede señalar que en el caso de Valentina Rosendo Cantú se conjugan todos y cada uno de estos elementos.

En cuanto a la prueba de los hechos, debe destacarse que la versión de Valentina fue coherente y mantenida a lo largo del proceso y su relato fue corroborado por testigos que presenciaron las condiciones en que regresó a su domicilio tras sufrir la agresión. Por otra parte, no puede olvidarse que mantuvo su firme postura respecto a la denuncia

determinar que sus denuncias de abuso sexual carecen de credibilidad. *Cfr. V.L. vs. Switzerland*, Communication N° 262/2005, Op. cit., párrafo 8.8.

²⁵ Judgment of the European Human Rights, *Case Aydin*, Op.cit., párrafo 83.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Op.cit., párrafo 311.

de los hechos, a pesar de los graves perjuicios y quebrantos que ello le supuso: no sólo tuvo que recorrer largas distancias a pie para poder acceder a atención médica (que inicialmente le fue negada, obligándola a realizar un nuevo y más penoso desplazamiento hasta el centro al que se le remitió) sino que además se vio en la necesidad de comparecer ante distintas instancias, obligándole a reiterar su relato (doble victimización); por su denuncia fue apartada por su comunidad y por su familia, lo que le obligo a cambiar su residencia y a fijarla en un lugar donde, en soledad y en penosas condiciones, tuvo que asumir la crianza de su hija. De todo ello se infiere que la denuncia de Valentina en ningún caso pudo estar motivada por razones distintas a la realidad de los hechos denunciados.

La persistencia y coherencia en su denuncia, la prueba de lesiones físicas y la testifical constituyen pruebas suficientes de la realidad del relato de Valentina, máxime teniendo en cuenta que, como ha quedado expuesto, se mantuvo firme en su denuncia a pesar de los obstáculos e indefensión en que se encontró; de la formulación de la denuncia no se ha derivado ningún beneficio para Valentina sino que, muy al contrario, ha sido la causa de graves perjuicios para ella y también para su hija, por lo que difícilmente se puede concluir que las alegaciones de la demandante fueran falsas.

II.2. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, A PROPÓSITO DEL RECONOCIMIENTO DE LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TORTURA

Dada la gravedad del delito y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, cada vez más en el Derecho internacional de los derechos humanos y en el Derecho penal internacional, se advierten la relación de la violación sexual con tortura. En los sistemas regionales de protección de los derechos humanos existe jurisprudencia en esta línea, como lo hemos venido señalando, lo mismo sucede con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* como el de Yugoslavia y Ruanda. Surge así, la llamada “feminización de la tortura”²⁷.

²⁷ EDWARDS, Alice, “The “Feminizing” of Tortura under International Human Rights Law”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Nº 2, Junio 2006, pp. 349-391.

El Tribunal europeo en el *Caso Aydin* para considerar la violación sexual como tortura destacó las experiencias aterradoras y humillantes, teniendo en cuenta su sexo, la juventud y las circunstancias en que estuvo detenida. También señala que fue exhibida desnuda en condiciones humillantes, y golpeada, acciones “*que incrementan su sensación general de vulnerabilidad*”²⁸. En este contexto, el Tribunal está convencido de que la acumulación de actos de violencia física y mental infligidos a la demandante y los actos especialmente crueles de violación a los que fue sometida asciende al grado de tortura en violación del artículo 3 de la Convención europea. Es contundente, al señalar “*De hecho, el Tribunal habría llegado a esta conclusión en cualquiera de estos motivos, tomados por separado*”²⁹. Así, llega a la conclusión de la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como es de advertir *supra*, ya la honorable Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la gravedad del delito de violación sexual y las consecuencias atroces que deja en la víctima. Pero hay que destacar que la Corte Interamericana ha ido más allá, y tomando en cuenta el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, concluyó:

“*[Q]ue los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura*” (el subrayado es nuestro)³⁰.

En este caso, **la Corte, en primer lugar reconoce un acto como violación sexual y en segundo lugar concluye que ella por sus efectos se configura como tortura.** Precisa determinadas conductas como violación sexual, brindando así un concepto amplio de la violación.

Teniendo este precedente importante en la jurisprudencia, creemos oportuno pedir a la Corte Interamericana un pronunciamiento que no deje lugar a dudas sobre el reconocimiento de la violación sexual como un delito de tortura debido a que en el caso de Valentina Rosendo Cantú, como señalamos antes, se dieron todos y cada uno de los

²⁸ Judgment of the European Human Rights Court, *Caso Aydin*, Op. cit., párrafo 84.

²⁹ Ídem, párrafo 86.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del penal Miguel Castro Castro*, Op. cit., párrafo 312.

elementos que configuran la tortura, con el añadido o la agravante de su situación de menor de edad e indígena. En el caso de Valentina no sólo son los efectos los que constituyen tortura psicológica sino también el mismo hecho, es decir, la violación sexual sufrida en presencia de los otros soldados como un castigo por no conocer la información que esperaban o querían obtener los soldados del Ejército mexicano de ella.

Es de señalar que la Corte Interamericana, en la sentencia de reparación en el *Caso del penal Miguel Castro Castro* reitera o incide en la perspectiva de género mencionada en la sentencia de fondo y establece una indemnización adicional, por concepto de daño inmaterial para las víctimas mujeres, incluida la víctima de violación sexual³¹. Un aspecto que refleja la gravedad de los hechos. La violación sexual sufrida por Valentina Rosendo es un daño irreversible e irreparable materialmente. Es un claro ejemplo de la anulación de la persona. No hay indemnización posible que repare el daño. Por ello, la Corte se ha referido al daño inmaterial e incluye dentro ello “*los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Como no es posible asignar al daño material un equivalente monetario preciso, resulta pertinente proveer por otras vías a la reparación integral del daño causado*”³². Una forma de reparar el daño en el caso materia de este informe es reconocer la violación sexual como tortura, teniendo en cuenta el daño físico y psicológico que sufrió y sufre Valentina Rosendo Cantú.

El reconocimiento de la gravedad de la violación sexual y su consideración como tortura, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, no solo está siendo desarrollado en el ámbito de los derechos humanos, sino también en el Derecho Penal Internacional. Es el caso de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*.

El Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), en el *Caso Jean-Paul Akayesu*, hace el ejercicio de definir la violación sexual y sostiene que este delito es tortura:

“El Tribunal considera que la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del delito de violación no pueden ser recogidos en una

³¹ Idem, párrafo 433 (VIII, IX y X).

³² Idem, párrafo 430.

descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. El Tribunal también apunta la sensibilidad cultural que implica la discusión en público de cuestiones íntimas y recuerda la dolorosa reticencia e incapacidad de los testigos para revelar detalles gráficos de la violencia sexual que soportaron. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de las Naciones Unidas, no cataloga actos específicos en su definición de tortura, centrándose por el contrario en el marco conceptual de las sanciones a los Estados violentos. El Tribunal considera este enfoque más útil en el contexto del derecho internacional. Como la tortura, la violación se utiliza para fines como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación implica un daño de la dignidad personal, y la violación de hecho constituye tortura cuando se inflige por o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otro que actúe a título oficial”³³.

Este Tribunal sostiene que:

“[L]a violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no impliquen la penetración o incluso contacto físico. El incidente descrito por testigos de KK en el que el acusado ordenó a los interahamwe desnudar a una estudiante y obligarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina comunal, frente a una multitud, constituye violencia sexual. El Tribunal observa en este contexto que las circunstancias coercitivas no es necesario que conste en una demostración de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que se aprovechan de miedo o la desesperación pueden constituir coacción y coerción puede ser inherente en determinadas circunstancias, como los conflictos armados o de la presencia militar de las milicias Interahamwe, entre las mujeres tutsis refugiados en las oficinas comunales”³⁴.

³³ TPIR, *Caso Prosecutor vs. Jean-paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párrafo 687.

³⁴ Ídem, párrafo 688. En igual sentido *The Prosecutor vs. Eliézer Niyitegeka* Case No. Ictr-96-14-T, de 16 de mayo de 2003.

También el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en el caso, conocido como, *Celebici*, al igual que en el caso Jean Paul Akayesu tramitado ante el TPIR, destacó: “[E]s difícil imaginarse circunstancias en las cuales la violación sexual perpetrada por agentes estatales o bajo su consentimiento o aquiescencia, no se haya generado por un propósito que, de alguna manera, involucra castigo, coerción, discriminación o intimidación”³⁵.

El TPIY en el caso *Celebici* declaró culpable a Hazim Delic, entre otros, de la violación de dos mujeres detenidas, Grozdana Cecez and Milojka Antic, lo que constituye tortura (cargos 18, 19, 21, 22)³⁶. Destaca que es culpable de torturas por las deplorables violaciones de dos mujeres detenidas en el campo de prisioneros de *Celebici*: “*Sometió a Grozdana Cecez no sólo al sufrimiento inherente a la violación, sino que exacerbó su humillación y degradación violándola en presencia de sus colegas*”³⁷.

Más tarde en el *Caso Furundzija*, el TPIY, teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y el desarrollo a través de los distintos órganos de protección de los derechos humanos, reconoce la tendencia a considerar, cuando se verifica en el marco de la detención e interrogatorio de de las personas, la violación sexual como tortura:

“Como se desprende de la jurisprudencia internacional, los informes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, los del Relator Especial, y los pronunciamientos públicos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, esta práctica ignominiosa y cruel puede tomar varias formas. La jurisprudencia internacional y los informes del Relator Especial de Naciones Unidas demuestran un impulso hacia la definición de la violación como tortura cuando se verifica en el marco de la detención e interrogatorio de las personas y, en consecuencia, como una violación del derecho internacional. La violación se utiliza por el propio interrogador o por otras personas relacionadas con el interrogatorio de un detenido, como medio de castigar, intimidar, coaccionar o humillar a la víctima, u obtener información, o una confesión de la víctima o de una tercera persona.

³⁵ TPIY, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdra vko Mucic also known as “PAVO”, Hazimdelic and Esad Landzo also known as “ZENGA”* (aka *Celebici*), 16 de noviembre de 1998 párrafo 495

³⁶ *Idem*, párrafo 1253.

³⁷ *Idem*, párrafo 1262.

En las normas de derechos humanos, en tales situaciones la violación puede constituir tortura, como lo demuestra la afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Aydin y la Corte Interamericana en Mejía”³⁸.

En este caso el Tribunal luego de señalar que el caso presenta ejemplos particularmente atroces de tortura y violación, consideró un mayor agravante de la circunstancia el hecho de que la testigo A fuera una civil detenida y totalmente a merced de sus captores³⁹. Consideró a las graves agresiones sexuales y palizas, que sufrió la testigo A, un modo particularmente despiadado de tortura⁴⁰. Son decisiones que destacan, fundamentalmente, el grave daño físico y mental, así como la existencia de **una relación de control** o custodia entre agentes y víctimas⁴¹

Desde luego, son decisiones que contribuyen enormemente al reconocimiento de la violación sexual como tortura, teniendo en cuenta las circunstancias como: la minoría de edad, haber sido violada sexualmente en presencia de otros, encontrarse en manos de sus captores, las amenazas, la intimidación y otras formas de coerción, sumándose a ellas el contexto en que éstas sucedieron, como la presencia militar en una determinada zona.

Se trata de una jurisprudencia valiosa y esperanzadora para todas aquellas personas que, como Valentina Rosendo, esperan se haga justicia. Afortunadamente hoy en día, la

³⁸ TPIY, Prosecutor Against Anto Furundzija. Case IT-95-17/1-T, de 10 de diciembre de 1998, párrafo 163. El texto original: “As evidenced by international case law, the reports of the United Nations Human Rights Committee and the United Nations Committee Against Torture, those of the Special Rapporteur, and the public statements of the European Committee for the Prevention of Torture, this vicious and ignominious practice can take on various forms. International case law, and the reports of the United Nations Special Rapporteur evince a momentum towards addressing, through legal process, the use of rape in the course of detention and interrogation as a means of torture and, therefore, as a violation of international law. Rape is resorted to either by the interrogator himself or by other persons associated with the interrogation of a detainee, as a means of punishing, intimidating, coercing or humiliating the victim, or obtaining information, or a confession, from the victim or a third person. In human rights law, in such situations the rape may amount to torture, as demonstrated by the finding of the European Court of Human Rights in Aydin and the Inter-American Court of Human Rights in Mejia”.

³⁹ Prosecutor Against Anto Furundi@ja, Op. cit., párrafo, 283.

⁴⁰ Idem, 295. Este criterio ha sido reiterado en el *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (conocido como caso FOCA), Caso N° IT-96-23T, IT-96-23/1-T, de 22 de febrero de 2001, párrafo 891 y ss. Esta última sentencia para la delimitación del crimen de tortura, hace una distinción entre los elementos indiscutibles y elementos discutibles. Entre los primeros ubica a los elementos mencionados por la Convención contra la Tortura (1984), y como los segundos al listado de propósitos o fines cuya persecución podría ser considerada ilegítima, a la necesidad, en su caso, que el acto esté relacionado con un conflicto armado, y al requisito que exige que se trate de un agente estatal. Cfr. párrafo 484.

⁴¹ Cfr. TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (FOCA), Op. cit.

interacción entre los tribunales internacionales que protegen al ser humanos es cada vez mayor, como venimos observando de las decisiones emitidas por estos.

II.3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Como se puede ver, distintos tribunales internacionales de derechos humanos y tribunales penales internacionales han tenido la ocasión de pronunciarse, teniendo en cuenta el contexto en que sucedieron los hechos, sobre la configuración de la violación sexual como un delito de tortura. Es importante destacar la interrelación que existe entre estos tribunales internacionales, sean de derechos humanos o de derecho penal internacional, en la protección del ser humano. No hay que olvidar que ambos derechos tienen un único objetivo: proteger al ser humano. Es más, la prohibición de la tortura nace en el derecho internacional de los derechos humanos como un límite al poder del Estado.

Si bien la Corte Interamericana protege los derechos conforme a la Convención Americana, ello no implica en ningún caso la no aplicación de otros instrumentos de carácter temático del sistema interamericano, como lo ha venido haciendo al declarar la responsabilidad de un Estado por la violación de la Convención Interamericana contra la Tortura⁴². Reitera en el *Caso Bueno Alves* que “*al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)*”. Reconoce que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección⁴³. La pluralidad de instrumentos

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bueno Alves*, Op.cit., *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 94; *Caso Blanco Romero vs. Venezuela*, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párrafo 61; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005; *Caso del penal Miguel Castro Castro*, Op. cit., párrafo 266; *Caso Tibi*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 162; *Caso Gómez Paquiyauri*, Op. cit., párrafo 144; *Caso Maritza Urrutia*, Op. cit., párrafo 95; *Caso Bámaca Velásquez*, Op. cit., párrafo 223; *Caso Cantoral Benavides*, Op. cit., párrafo 191; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Op. cit., párrafo 249; y *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, párrafo 136.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, Op. cit., párrafo 78, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Op. cit., párrafo 144; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Op. cit., párrafo 165; *Caso de los “Niños de la Calle”*, Op. cit., párrafos 192 y 193; y Opinión Consultiva OC-

internacionales y las diversas interpretaciones por parte de los órganos internacionales brinda a la Corte la aplicación e interpretación de un modo integrado, siempre *pro homine*”.

Así, para la Corte Interamericana la Convención contra la Tortura forma parte del *corpus iuris* interamericano que sirve a la Corte para determinar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana⁴⁴. En el caso materia del presente informe, la Corte ejercerá su competencia material para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y determinar la responsabilidad del Estado Mexicano conforme a este tratado, vigente para México en la fecha de la comisión de los hechos. Además, tendrá en cuenta, como en ocasiones anteriores, las decisiones pertinentes de otros tribunales internacionales de protección de la persona. De este modo, el reconocimiento de la violación sexual como un delito de tortura, constituirá un gran adelanto en la protección del ser humano, por cuanto ya no sería un asunto del Estado sino un interés fundamental de la comunidad internacional en su conjunto⁴⁵, debido a que la tortura es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)⁴⁶ y por ende una obligación *erga omnes*. Su prohibición es absoluta en todo los tiempos.

De su jurisprudencia se advierte que los instrumentos internacionales de protección del ser humano se encuentran vinculados entre sí, debiendo ser interpretadas de manera conjunta o interconectada. La Corte ha reconocido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución

16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1 de octubre de 1999, párrafo 113,

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi*, Op. cit., párrafo 145.

⁴⁵ Véase: QUISPE REMÓN, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 2010, p. 538.

⁴⁶ Si bien no existe una lista de las normas de *ius cogens*, hoy en día no cabe duda de que la tortura es una norma imperativa de derecho internacional como lo ha reconocido el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex Yugoslavia (*Trial Chamber II*), en el caso A. Furundzija (caso N° IT-95-17/1, T 10, Sentencia de 10 de diciembre de 1998). Sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *ius cogens*. Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos. Tal prohibición absoluta de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*; la naturaleza del *ius cogens* de esta prohibición la torna en “uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”, incorporando “un valor absoluto del cual nadie debe desviarse. Véase además: el voto razonado de juez Antonio Cançado Trindade en la *Opinión Consultiva 18/03*, de 17 de setiembre de 2003, párrafo 69, y QUISPE REMÓN, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Op. cit., pp. 297-581.

de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales⁴⁷. En este contexto, en el *Caso Cantoral Benavides*, expresa que: “la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”⁴⁸.

En sus más de tres décadas de trabajo, se advierten decisiones valientes y progresistas de la Corte en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Sus decisiones han ido en consonancia con el desarrollo de la sociedad y las exigencias de ésta, de los cambios normativos y de las interpretaciones realizadas por los distintos órganos de protección del ser humano. Hay que recordar que el Derecho es dinámico. Así lo constata en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana al señalar lo indicado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a saber, que se “debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en consideración la evolución posterior del derecho”. Además, indicaba la CIJ que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación [...] En este ámbito como en otros el corpus iuris pentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones”⁴⁹.

En este contexto es de señalar el *Caso Almonacid Arellano*, donde la Corte se pronunció sobre hechos ocurridos en Chile en 1973, destacando que la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado, es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 146, y en *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, del 1 de octubre de 1999, párrafo 114

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides*, Op. cit., párrafo 99. La Corte hace referencia al *Caso Selmouni v. France*, párrafo 101

⁴⁹ CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; p. 16 ad 31)

al Derecho internacional general. Por tanto “*aún cuando Chile no haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los de lesa humanidad, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa*”⁵⁰. De este modo, se pronuncia sobre los delitos que hoy en día están recogidos en el Derecho Penal Internacional.

II.4. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA MUJER

El tratamiento jurídico para la protección de la mujer es aún incipiente teniendo en cuenta las características especiales que le rodean, como la vulnerabilidad. Es en 1979 cuando, justamente teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos existentes no son suficientes para la protección efectiva de la mujer, los Estados, con el impulso de la sociedad civil, deciden dar un tratamiento y una protección especial a las mujeres. Nace así el primer instrumento jurídico vinculante que aborda el tema de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujeres (en vigor desde 1981), que en su preámbulo deja claramente establecido que no obstante los diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones. Este aspecto, destaca el preámbulo, viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, y “*dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad*”. Si bien este instrumento está referido a la no discriminación de la mujer, no introduce nada relacionado con la **violencia contra la mujer y menos con la violencia sexual**. Esto es una muestra de la evolución del Derecho, ya que en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993) se destacó la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 99 y 153.

pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso (art. 38). Por ello, hoy es imposible no considerar este aspecto que desafortunadamente se ha venido presentado con mucha frecuencia en los últimos tiempos, conforme se desprende de los informes emitidos por los órganos de protección de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia.

El preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", reconoce que la violencia contra la mujer es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres"; precisamente por este tipo de situaciones, la Convención reconoce de modo especial a la mujer, su derecho a vivir libre de violencia, al igual que todas las personas a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho a no ser sometida a torturas, al derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

Una violación sexual constituye, sin duda alguna, un atentado a la integridad de la persona, contra su dignidad, además de los daños irreparables e irreversibles que deja en la persona. Si a ello se suma la indiferencia o ausencia por parte del Estado, a través de los mecanismos especializados para atender a las víctimas de violación sexual, la situación de las víctimas es desolador. El caso de Valentina Rosendo Cantú es una muestra de esta situación.

No podemos ignorar el avance del Derecho Internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos en general y de los derechos de la mujer en particular, a través de los instrumentos internacionales de carácter universal y regional, así como mediante las decisiones emitidas por los distintos órganos judiciales de los sistemas de protección de la persona. Este reconocimiento es producto de un largo y arduo proceso de reivindicación por parte de las distintas organizaciones de la sociedad civil. No obstante al reconocimiento desde un primer momento en los instrumentos internacionales del derecho a la igualdad, lamentablemente su reconocimiento efectivo es aún una tarea pendiente. Pero también es cierto que ello no es suficiente, hay aún

mucho por hacer. Es en este contexto que los órganos de protección de los derechos humanos a nivel universal y regional desempeñan un papel preponderante. Son los órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los que, ante situaciones como la de Valentina Rosendo, tienen la oportunidad de dar un paso adelante y valiente, como es ya característica en ella, para ofrecer una protección más real y efectiva a la mujer ante tanta impunidad, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como encargado de velar por el cumplimiento efectivo de la Convención **sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** (CEDAW) dedica una de sus recomendaciones específicamente a la *violencia contra la mujer*⁵¹. Considerando que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social, el Comité recomienda a los Estados Partes que incluyan en sus informes periódicos al Comité: la legislación vigente para protegerla de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.); otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia; servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos; datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer y sobre las mujeres víctimas de la violencia.

Más tarde, en 1992, el mismo Comité vuelve a pronunciarse sobre la violencia contra la mujer en su recomendación General N° 19 (11° período de sesiones, 1992) y señala claramente que “*la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*”. El Comité establece que la definición de la discriminación contra la mujer que hace la **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** en el artículo incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada; incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación

⁵¹ CEDAW, *Recomendación General N° 12* (octavo período de sesiones, 1989).

de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

Hay que destacar el papel de la Corte Interamericana, por cuanto es el órgano encargado de impulsar y desarrollar aquellos mecanismos para una protección adecuada de las mujeres del continente americano, que más tarde serán utilizados para las mujeres del mundo, dada la interrelación e interdependencia que existe entre los diversos tribunales internacionales de protección del ser humano. La Corte Interamericana, en el *Caso del penal Castro Castro*, por vez primera introduce en su jurisprudencia la perspectiva de género. Es en esta sentencia cuando se pronuncia sobre la violencia contra la mujer y señala que debe ser investigada conforme con los parámetros de la Convención de Belém do Pará.

No hay que olvidar que las mujeres en general y las indígenas en particular viven una situación desventajosa por razones históricas y culturales. Por ello, el órgano jurisdiccional debería reivindicar la igualdad, brindándole el lugar que le corresponde en la sociedad y teniendo en cuenta el papel que desempeñan y ocupan en los distintos ámbitos de la realidad. Una muestra de la diferencia de trato que han recibido a lo largo de la historia es la creación de los instrumentos internacionales temáticos. Si la realidad fuera diferente no hubiese hecho falta adoptar instrumentos jurídicos internacionales específicos, bastaría con los instrumentos generales de protección de los derechos humanos.

Una forma de lograr la equidad y la paz en el mundo es a través del respeto y reconocimiento de la mujer y de su dignidad. Que las violaciones a su dignidad y a su voluntad en circunstancias como las de Valentina sean consideradas tortura, por las secuelas que de por vida acompañan a las víctimas.

Dada la situación de militarización de la zona donde ocurrieron los hechos, la violación sexual además de ser un atentado a la dignidad del ser humano tiene un objetivo, cual es la intimidación de la mujer, de su familia y de su comunidad. Probablemente sea un arma para lograr un objetivo.

Si bien en diversas ocasiones se ha mencionado que una sentencia constituye *per se* una forma de reparación⁵², en el caso de Valentina es importante e imprescindible por tratarse de una violación a una menor indígena y por las circunstancias que rodean el caso. Por ello se espera que el órgano judicial interamericano dé un paso adelante y emita una sentencia ejemplarizadora que, además de condenar al Estado mexicano por la violación de los derechos humanos de Valentina Rosendo Cantú, contribuya a que casos como éste no se repitan.

III. LA JUSTICIA MILITAR Y LOS DELITOS. LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

Otro de los puntos a examinar en el presente caso se refiere a la justicia militar y los delitos de función. Su regulación en el Derecho interno mexicano, por lo que aquí respecta, se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política Mexicana (CPM), en el inciso II.a del artículo 57 de su “Código de Justicia Militar” (CJM), y en el artículo 37 de su “Reglamento para el Servicio Interior de las Unidades, Dependencias e Instalaciones del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos” (RSI). Estas normas dicen, respectivamente, lo siguiente⁵³:

Art. 13 de la CPM: “[...] *Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda*”.

Art. 57 del CJM: “*Son delitos contra la disciplina militar:*

[...]

II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del penal Miguel Castro Castro*, Op. cit., párrafo 431; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 150; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrafo 160, y *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 180.

⁵³ El subrayado es nuestro.

- a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo".

Art. 37 del RSI: "Son actos del servicio los que ejecutan los militares dentro de la esfera castrense, ya sea por el cumplimiento de una misión, de alguna orden que reciban o en el desempeño de las funciones operativas o administrativas que les competen, según su jerarquía, cargo o comisión, y de acuerdo con las leyes, reglamentos y disposiciones del Ejército y Fuerza Aérea".

Sin perjuicio del examen sobre la constitucionalidad normativa que debería efectuar el órgano mexicano competente (pues es posible que las normas legales y reglamentarias citadas no sean compatibles con las normas constitucionales del ordenamiento al que pertenecen) y que, por tratarse de un control interno, no corresponde efectuar en sede internacional, lo cierto es que el Estado mexicano ha señalado que los hechos denunciados, en el supuesto de haberse producido (sic), constituyen un delito de función según sus normas internas y que, en tal caso, según esas mismas normas, resulta competente la justicia militar para investigarlos y juzgarlos. Como quiera que esa investigación se produjera y que la justicia militar concluyera que no se verificó delito alguno, el Estado mexicano ha sostenido que no se vulneraron los derechos humanos de la víctima. El argumento sería más o menos el siguiente: **1)** Si, conforme sostiene la víctima, ésta fue abordada cerca de su casa por militares que la interrogaron sobre la ubicación de varios hombres, a los cuales perseguían y que figuraban en una lista que aquéllos le exhibían, entonces esos militares se encontraban en "actos de servicio" al estar desempeñando funciones operativas o cumpliendo una misión, conforme a la definición efectuada por el artículo 37 del RSI; **2)** Si durante esos actos, según sostiene la víctima, ésta fue agredida y violada por esos militares, entonces se habría cometido un "delito contra la disciplina militar" (también llamado "delito de función"), según lo tipificado en el inciso II.a del artículo 57 del CJM; **3)** Siendo esto así, al ser definido como un delito contra la disciplina militar, su investigación y juzgamiento resultaba de competencia de la justicia militar y no de la justicia civil o común, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la CPM; **4)** Como quiera que la justicia militar efectuó las investigaciones del caso y concluyó que no se probaron los hechos imputados a los militares, entonces no se habría producido delito alguno; **5)** Al no haberse producido delito alguno, el sustento fáctico de la denuncia formulada contra el Estado mexicano no

se habría configurado, es decir, no se habría producido vulneración alguna a los derechos humanos de la víctima.

A la luz de las normas internacionales, bajo cuyo ámbito se juzga este caso, **la conclusión de la defensa del Estado mexicano es equivocada, porque parte de un supuesto también equivocado: considerar que las agresiones y violaciones producidas por militares, estando en actos de servicio, constituyen delitos de función.** Como veremos a continuación, los ilícitos que en el presente caso, atribuidos a militares mexicanos, de ninguna manera pueden ser considerados delitos de función: son delitos comunes que debieron ser investigados y juzgados por la justicia civil o común. Al no haber obrado así, el Estado mexicano vulneró el derecho a un debido proceso, del que goza la víctima, de conformidad con el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III.1. EL ESTADO MEXICANO NO PUEDE INVOCAR SU DERECHO INTERNO PARA JUSTIFICAR SU ACTUACIÓN. SU RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEBE SER DETERMINADA A PARTIR DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

El Estado mexicano afirma que no vulneró derecho humano alguno de la víctima porque su actuación se sustentó en todo momento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de su Derecho interno. Sin embargo, **el Estado no puede invocar su normatividad interna para justificar su actuación y concluir, sobre su base, que los derechos humanos de la víctima no han sido vulnerados.** Siendo éste un proceso internacional donde se examina si el Estado cumplió o no con sus obligaciones internacionales, asumidas en virtud de sendos instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que es parte, **serán las normas internacionales –y no la legislación interna del Estado– las que servirán de parámetros para determinar si esos derechos han sido vulnerados o no y si, por tal razón, el Estado incurrió o no en responsabilidad internacional.** Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 27º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y del “pacta sunt servanda” recogido en su artículo 26º:

Art. 27° de la Convención de Viena: “*El Derecho interno y la observancia de los tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]*”

Art. 26° de la Convención de Viena: “*Pacta sunt servanda.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

Estas normas generales encuentran complemento en el artículo 2° de la Convención Americana que dispone: “*los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. Normas todas ellas que llevan a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a recordar que la obligación internacional de un Estado “*no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su Derecho interno*”⁵⁴ ya que, en general, “*el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido*”⁵⁵.

Siendo las normas internacionales las aplicables para resolver si el Estado mexicano vulneró o no los derechos de la víctima y si, por tal razón, incurrió o no en responsabilidad internacional, resulta relevante examinar, a propósito de los hechos materia del presente caso, si el Estado mexicano cumplió o no con proporcionar a la víctima un debido proceso legal, conforme a los parámetros que se desprenden del artículo 8° de la Convención Americana.

III.2. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO: CUESTIONES GENERALES (ART. 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

El proceso, en consideración de la Corte Interamericana, “*es un medio para asegurar, en la medida de lo posible, la solución justa de una controversia*”, a lo cual contribuyen “*el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el*

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 181. Además. *cfr.*: *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005, párrafo 122; *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párrafo 88; y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. sentencia de 1 de marzo de 2005, párrafo 135.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 101.

*concepto de debido proceso legal*⁵⁶. Es en este sentido que para la Corte, el artículo 8° de la Convención, consagra los lineamientos generales del denominado debido proceso legal⁵⁷ (también llamado proceso justo, tutela judicial efectiva, derecho de audiencia en juicio, o simplemente debido proceso). El citado artículo, en sus numerales 1 y 2, dice lo siguiente:

Artículo 8° de la Convención Americana: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, Op.cit., párrafo 117.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia del 29 de enero de 1977, párrafo 74.

- f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
- g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
- h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.*

Siguiendo los parámetros originales del debido proceso, correspondientes a su implantación y posterior evolución en tierras norteamericanas (lugar donde ha alcanzado su mayor desarrollo), así como el progreso obtenido en cierto sector de la doctrina y jurisprudencia comparada (incluyendo la de los órganos jurisdiccionales internacionales), podemos decir que, metodológicamente, el debido proceso comprende en su manifestación procesal tanto el derecho al proceso como el derecho en el proceso⁵⁸.

Conforme al primero (el **derecho al proceso**), todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a la justicia, es decir, de contar con un proceso para que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión o defensa. Además, exige que ningún sujeto de derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició y tramitó el proceso correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto,

⁵⁸ El desarrollo alcanzado por el debido proceso en el Derecho estadounidense ha dado lugar a que cuente con dos manifestaciones íntimamente relacionadas: la procesal y la sustancial, y que además sea utilizado como un instrumento para canalizar la aplicación de los derechos recogidos en el *Bills of Rights* (derechos invocables en principio solo ante la Federación) al conjunto de Estados de la Unión. Tales manifestaciones consagran el convencimiento de que las normas jurídicas –procesales y materiales– deben ser aplicadas con justicia y que, virtualmente, una sentencia injusta agravia tanto como un proceso formalmente irregular (*Vid*: HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, p. 22; LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes*. Segunda edición actualizada, primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 23-27; QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Op. cit., pp.34-99, y, BUSTAMANTE, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA Editores, 2000, p. 191 y siguientes). Sobre las manifestaciones y usos del debido proceso en los Estados Unidos de América puede consultarse además: TRIBE, Laurence, *American constitutional law*, New York, The Foundation Press, 1978, todo el libro, en especial las páginas 501-563 para su manifestación procesal y las páginas 886-990, para su manifestación sustancial. Y en general para el estudio de este derecho fundamental puede consultarse: TRIBE, Laurence y DORF, Michael, *On reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991; MURPHY, Walter, *American constitutional interpretation*, New York, Foundation Press, 1986; SEGAL, Jeffrey y SPAETH, Harold, *The Supreme Court and the attitudinal model*, New York, Cambridge University Press, 1993; BURDICK, Charles K., *The law of American Constitution*, New York, 1922, séptima impresión.

implica también que ningún sujeto de derecho puede ser sorprendido o afectado con los resultados de un proceso que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer⁵⁹.

Conforme al segundo (el **derecho en el proceso**), todo sujeto de derecho que participe en un proceso cuenta con un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación, conclusión y ejecución, incluyendo el respeto por las formas esenciales del procedimiento previamente establecido. Algunos de ellos son los siguientes⁶⁰:

1. El derecho a un juez natural: competente, independiente e imparcial.
2. El derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.
3. El derecho a la publicidad del proceso.
4. El derecho a que las resoluciones se encuentren adecuadamente motivadas (es decir, conforme a la lógica, al Derecho y a las circunstancias fácticas de la causa).
5. El derecho ha ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
6. El derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.
7. El derecho a impugnar.
8. El derecho a probar o producir prueba.
9. El derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan o que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan.
10. El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.
11. El derecho a que las decisiones que se emitan no sean arbitrarias ni absurdas, sino que estén fundadas en Derecho y en las circunstancias fácticas de la causa.

Conviene tener presente que el debido proceso es un derecho humano y, como tal, constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de

⁵⁹ BUSTAMANTE, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 208-209.

⁶⁰ *Cfr.*: HOYOS, Arturo. *Op. cit.*, p. 54; y, BUSTAMANTE, R. *Op. cit.*, p. 209-215.

las demás personas. Es así ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole las garantías esenciales del debido proceso. “*Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención*”⁶¹.

Si bien el artículo 8º de la Convención Americana, que recoge el denominado debido proceso legal, se titula “Garantías Judiciales”, lo cual podría hacernos pensar (equivocadamente por cierto) que se aplica exclusivamente al ámbito judicial, lo cierto es que, conforme a una interpretación *pro hominis*⁶² y a la función que dicho derecho cumple en el ordenamiento jurídico, el ámbito de aplicación del debido proceso no puede limitarse a las actuaciones o recursos judiciales en sentido estricto, sino que, como señala la Corte IDH, comprende “*el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales*”⁶³ a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado o de los particulares que pueda afectar sus derechos.

Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho al debido proceso y a esas garantías mínimas que se aplican en materia penal,

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 68.

⁶² La interpretación *pro hominis* consiste en interpretar el derecho o la norma internacional de la manera más favorable al ser humano, tratando de incrementar en lo posible el contenido, virtualidad o eficacia de sus derechos.

“La interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. MEDINA, Cecilia. “La interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”. En: *Materiales de Enseñanza del Seminario de Derechos Fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2002, p. 80.

⁶³ *Cfr. Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

presumiéndose que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata del debido proceso legal⁶⁴.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del debido proceso, en el *Caso del Tribunal Constitucional*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”⁶⁵.

Lo expuesto resulta de suma importancia. Significa reconocer que el debido proceso tiene un ámbito de aplicación mucho mayor que el judicial: se aplica a todo proceso en

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, párrafo 149. En efecto, la Corte ha señalado que el artículo 8° de la Convención distingue entre acusaciones penales y procesos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, pero aunque ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en cualquier circunstancia, señala adicionalmente, para el caso de los procesos penales, un conjunto de “garantías mínimas”. Para la Corte, “el concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas ‘garantías mínimas’. Al denominarlas ‘mínimas’ la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal” (*Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, párrafo 24).

Si bien el artículo 8° de la Convención no especifica una lista de “garantías mínimas” en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo hace en el numeral 8.2 al referirse a materias penales, la Corte ha establecido que: “el elenco de ‘garantías mínimas’ (previstas en el artículo 8.2 de la Convención) se aplica también a esos órdenes y, por ende, en este tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” (*Caso Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 70. También en: *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, párrafo 28; y, *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párrafo 149).

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional*, Op. cit., párrafo 71. Este criterio es reiterado por la Corte en el *Caso Ivcher vs. Perú*, sentencia del 6 de febrero del 2001, párrafo 104.

el que se vaya a resolver o prevenir un conflicto, imponer una sanción o determinar los derechos u obligaciones de las personas, sin importar que tales procesos sean de naturaleza judicial, administrativa, legislativa o de cualquier otro carácter⁶⁶. De esta manera la Corte Interamericana dejó fuera de toda duda que el debido proceso también resulta exigible ante la justicia militar y que rige también las controversias que involucren a actores o funcionarios militares.

III.3. EL ESTADO MEXICANO VULNERÓ EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A UN JUEZ NATURAL, QUE FORMAN PARTE DEL DEBIDO PROCESO. NO ESTAMOS ANTE UN DELITO DE FUNCIÓN POR LO QUE NO RESULTABA COMPETENTE LA JUSTICIA MILITAR

El derecho de **acceso a la justicia** (o “*derecho a ser oído*”, según la terminología del artículo 8.1 de la Convención Americana) es aquel elemento del debido proceso en virtud del cual, toda persona puede acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para conseguir la protección de sus derechos o intereses (de diferente índole), o para obtener un pronunciamiento acerca de su pretensión o defensa. Este derecho exige que toda persona cuente con la posibilidad, real, de acceder al sistema judicial para que los órganos llamados a resolver su pretensión o defensa la estudien y emitan una resolución motivada conforme a Derecho. Se trata de un mecanismo destinado a asegurar la paz social en justicia y a evitar el uso de la acción directa (la “justicia por la propia mano”), ya que otorga a las personas un proceso legal para la solución de sus controversias.

La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de este derecho, con especial relación a la violación de los derechos humanos. Ha reconocido el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder a la jurisdicción a fin de que se investigue los actos de vulneración de sus derechos, se determinen las responsabilidades y se impongan las reparaciones correspondientes. Concretamente ha señalado: “*del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los*

⁶⁶ Confirmando esta conclusión, en un caso posterior la Corte señaló que: “*pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos*” (Caso Ivcher, Op. cit., párrafo 105). Y en otro caso agregó: “*cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*” (Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero del 2001, párrafo 124).

derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”⁶⁷.

La Corte ha considerado también, como expresión del derecho de acceso a la justicia, que el Estado está en la obligación de proporcionar a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, recursos judiciales efectivos (artículo 25° de la Convención) que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, siempre dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención)⁶⁸.

Adicionalmente ha recordado que: “*El derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales*”⁶⁹. A propósito del deber de investigar, la Corte ha establecido que si bien este es un deber de medios y no de resultados: “*ello no significa, sin embargo,*

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y otro*, Op. cit., párrafo 227; el subrayado es nuestro. Véase también: *Caso Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, párrafos 96 y 97.

⁶⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 91; y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009, párrafo 110.

Art. 25° de la Convención Americana: “**Protección Judicial:** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Art. 1° de la Convención Americana: **Obligación de respetar los derechos:** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 191. Cfr.: *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 145; *Caso Valle Jaramillo y otros*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 154.

*que la investigación pueda ser emprendida como ‘una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa’; sino que “cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos”*⁷⁰.

Relacionado con el acceso a la justicia se encuentra el **derecho a un juez natural** (“*juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*”, según la terminología del artículo 8.1 de la Convención). Se trata de un elemento del debido proceso que tiene una doble manifestación: por un lado exige que toda persona pueda acceder a un juez competente, independiente e imparcial para la solución de sus controversias o la dilucidación de sus derechos u obligaciones; y, por otro, que ninguna persona sea desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, según la naturaleza de las cosas o la materia de la controversia a decidir. De esta manera se busca garantizar, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano con potestad jurisdiccional; en segundo lugar, que el juzgador, además de ser competente, actúe con una rigurosa independencia e imparcialidad; y tercero, que ninguna persona sea juzgada o sometida por órganos jurisdiccionales de excepción, o comisiones especiales creadas *ex profeso* para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. Que un juez sea competente significa que goza del poder para conocer y resolver una controversia concreta, de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas en la ley (territorio, materia, etc.). Que sea independiente implica que adopta sus decisiones únicamente sometido a Derecho, sin sufrir injerencias ni condicionamientos externos de ningún tipo, y sin estar sometido a la voluntad de otros órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones. Y que sea imparcial significa que no tiene interés directo o indirecto en la controversia que debe decidir; que no mantiene con alguna de las partes una relación que afecte o ponga en duda su objetividad; y que no incurre en causal alguna que afecte el trato igual que debe brindar a las partes al interior del proceso (alicientes, influencias, etc.).

Con relación al derecho a un juez natural, la Corte IDH ha señalado que toda persona “*tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a*

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 192.

*procedimientos legalmente establecidos*⁷¹; y que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. Esto ha sido precisado por la Corte tomando en consideración los “Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura”⁷².

En cuanto a la **justicia militar** se refiere, y a la competencia que en diferentes países se asigna a los órganos militares para investigar, conocer y resolver determinadas materias, si bien la Corte IDH no considera que su existencia sea contraria a la Convención⁷³, sí estima necesario que su regulación respete ciertos parámetros a fin de no afectar las garantías del debido proceso, en especial el derecho de acceso a la justicia y el derecho a un juez natural. En ese sentido, reiteradamente recuerda: “*la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el Derecho penal moderno*”; y para que no quede ninguna duda ha reiterado que: “*En un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional*”. Por otro lado, ha establecido un requisito objetivo (que estemos ante un delito de función) y otro subjetivo (que haya sido cometido por personal militar) para que quede habilitada la competencia de los tribunales militares o, lo que es lo mismo, para que un determinado caso sea conocido válidamente por la justicia militar. Concretamente ha dicho que ésta debe “*estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares*”, insistiendo una y otra vez que: “*en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*”⁷⁴.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 129. Este criterio ha sido reiterado en el *Caso Ivcher* Op. cit., párrafo 112.

⁷² *Caso Castillo Petruzzi*, Op. cit., párrafo 129.

⁷³ Así, en el *Caso Genie Lacayo*, (párrafo 84), la Corte precisó que “*la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa per se que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora*”.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco*, Op. cit., párrafo 272, todas las citas. Cfr. *Caso Durand y Ugarte*, Op. cit., párrafo 117; *Caso Cantoral Benavides*, Op. cit., párrafo 112; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, párrafo 51; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 165, entre otros.

Teniendo como base la jurisprudencia de la Corte Interamericana, queda claro que el denominado **delito de función** es aquel acto tipificado expresamente en la ley de la materia, que es realizado por un militar (o en su caso por un policía), en ejercicio de sus funciones, y que afecta necesariamente un bien jurídico militar, esto es: un bien jurídico privativo de la institución a la que pertenece y que es sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. En consecuencia, para que un ilícito cometido en acto de servicio por un militar, pueda considerarse como delito de función, es preciso que: **1)** el militar haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal (deber militar), es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley y el ordenamiento constitucional; **2)** con la infracción de ese deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas; y **3)** que la infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal. Por lo tanto, **si el ilícito es cometido por una persona que no es militar, o aunque lo fuera, no ha sido cometido en acto de servicio o con ocasión de él, no estaremos ante un delito de función. Tampoco lo estaremos si el ilícito no afecta a un bien jurídico militar. Y si no estamos ante un delito de función, la justicia militar no resulta competente para investigarlo ni juzgarlo**, según lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **De lo contrario, se afectaría el derecho de acceso a la justicia y el derecho a un juez natural y, por consiguiente, el derecho a un debido proceso legal.**

En efecto, la Corte viene sosteniendo que *“la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”*⁷⁵; delitos o faltas que en ningún caso pueden estar referidos a las violaciones contra los derechos humanos, pues, como lo ha establecido

⁷⁵ *Caso Castillo Petruzzi*, Op. cit., párrafo 128; *Caso Cantoral Benavides*, Op. cit., párrafos 112 y 113.

la Corte: “tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”⁷⁶. Por tal razón, en múltiples ocasiones la Corte ha indicado que: “‘Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso’, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”⁷⁷. No se olvide, insiste la Corte, que: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial”⁷⁸. En consecuencia: “tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal [...], debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”⁷⁹.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, en el *Caso Durand y Ugarte vs. Perú* (donde militares peruanos entraron a un centro penitenciario e hicieron uso de la fuerza para debelar un motín) la Corte sostuvo: “los militares encargados [...] hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no”⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 200, y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, sentencia de 4 de julio de 2007, párrafo 105. También: *Caso Durand y Ugarte*, Op. cit., párrafo 118; y *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 142. El subrayado y resaltado es nuestro.

⁷⁷ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi*, Op. cit., párrafo 128; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 143; y *Caso Radilla Pacheco*, Op. cit., párrafo 273. El subrayado y resaltado es nuestro.

⁷⁸ Corte Interamericana, *Caso Radilla Pacheco*, Op. cit., párrafo 273.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 274. El subrayado y resaltado es nuestro.

⁸⁰ *Caso Durand y Ugarte*, Op. cit., párrafo 117 y 118.

Por similar razón, en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* (donde militares mexicanos actuaron en contra de la integridad y la vida de un civil), la Corte concluyó: “*En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, en las que participaron agentes militares [...], no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. Además, en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar*”. “*De lo anterior, la Corte estima que el Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar. En tal sentido, dado que los tribunales militares no son competentes, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto a la supuesta falta de independencia e imparcialidad alegada por los representantes*”⁸¹.

Aplicando los parámetros de la Corte IDH, antes expuestos, al caso materia del presente informe, se tiene que: **1)** la agresión y violación sexual denunciada por la víctima, por parte de miembros del ejército mexicano, trasciende cualquier afectación a un bien jurídico militar, pues vulnera sendos derechos humanos, como el derecho a la integridad y a la libertad personales; **2)** al no afectar propiamente un bien jurídico militar, sino lesionar los derechos humanos de la víctima, los actos denunciados no constituyen un delito de función; **3)** al no constituir un delito de función, la justicia militar no resultaba competente para investigar y juzgar tales hechos; **4)** en vista de que estos hechos fueron investigados y juzgados por la justicia militar mexicana, la misma que concluyó que los ilícitos denunciados no fueron probados, entonces, el Estado mexicano vulneró el derecho al debido proceso de la víctima al no satisfacer su derecho de acceso a la justicia y su derecho a un juez natural, para que la investigación y el juzgamiento de

⁸¹ Corte Interamericana, *Caso Radilla Pacheco*, Op. cit., párrafos 277 y 278.

esos hechos fuesen realizados por la justicia ordinaria; **5)** al vulnerar el derecho a un debido proceso, recogido en el artículo 8° de la Convención Americana, el Estado mexicano incurrió en responsabilidad internacional.

Cabe señalar que en el caso examinado la vulneración del derecho a un debido proceso se produce de manera reiterada. Se produce, en primer lugar (sin entrar a una enumeración taxativa), cuando tras la denuncia efectuada por la víctima (con relación a la agresión y violencia sexual que ha sufrido por parte de militares mexicanos), las autoridades mexicanas no toman las debidas providencias para el acopio adecuado de pruebas y del material fáctico para la investigación. Se produce, en segundo lugar, cuando la justicia ordinaria inhibe su competencia para investigar y juzgar tales hechos a favor de la justicia militar, bajo el equivocado argumento de que se trataba de un delito de función. Se produce, en tercer lugar cuando la justicia militar asume la competencia para investigar y juzgar estos hechos, a pesar de que –como se ha dicho– no se trataba de un delito de función. Y se produce, en cuarto lugar, cuando en el procedimiento ante la justicia militar (al igual como había ocurrido ante la justicia ordinaria) no se respetan las garantías esenciales para que el proceso responda a los estándares de un debido proceso legal, como ocurre cuando se concluye que no se probó que los militares incurrieran en ilícito alguno, teniendo como sustento las simples declaraciones de “testigos de oídas”, las de otros militares que, por tal razón, guardaban relación directa con los militares denunciados, la declaración tomada a la víctima sin haber sido notificada previamente de su realización y sin la presencia de su abogado, las pruebas médicas realizadas a la víctima de manera insuficiente y mucho tiempo después de producidos los hechos, incluso por personal poco calificado, etc.; es decir, una serie de defectos procesales que demuestran que las autoridades que conocieron de este caso basaron su decisión en pruebas y argumentos insuficientes, inconducentes e ilegítimos, en contra de las exigencias del debido proceso legal. Una serie de defectos que demuestran que esa investigación se produjo como una ejecución mecánica de formalidades (defectuosa e ilícita, además) y no con el objetivo de buscar efectivamente la verdad, pues no se orientó a explorar todas las líneas investigadoras posibles, ni se esforzó en reunir elementos probatorios lícitos y suficientes para identificar a los responsables de los hechos, juzgarlos y sancionarlos.

Una vulneración reiterada del debido proceso que, si no se remedia, daría lugar a consolidar la impunidad pues, como bien ha dicho la Corte Interamericana, la impunidad ante las violaciones de los derechos humanos existe cuando hay una “*falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*”, situaciones todas ellas presentes en el caso examinado, y de las que el Estado mexicano es responsable pues, como agrega la Corte: “*el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares*”, obligación que el Estado mexicano no ha cumplido, por lo menos en el presente caso⁸².

IV. LINEAMIENTOS SOBRE EL TRATAMIENTO MÉDICO QUE DEBEN RECIBIR LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA, ESPECIALMENTE SEXUAL, POR PARTE DE LAS INSTANCIAS DE SALUD DEL ESTADO. ALGUNAS REFERENCIAS A PROTOCOLOS ESPAÑOLES.

Se advierte de las declaraciones de Valentina Rosendo Cantú que, tras haber sido objeto de violencia física y violación sexual, no recibió tratamiento médico adecuado oportuno, ni físico ni psicológico. Como consecuencia de la violación sexual, Valentina adquirió el virus del papiloma humano, que más tarde le obligo a intervenir quirúrgicamente.

Como ya mencionamos *supra*, la comunidad internacional al advertir la violación de las mujeres adoptó diversos instrumentos internacionales específicos para su protección. Es el caso de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya mencionada, cuyo artículo 12.1 establece que “***Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica...***”.

⁸² *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 170.

Es de destacar que esta Convención en el artículo 14 hace referencia puntual a **las necesidades de la mujer rural** al señalar que los Estados Partes tomen en cuenta “los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el papel importante que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía”, y adopten todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención a ellas. Insiste en la adopción de todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular se les debe asegurar el derecho, entre otros, a tener acceso a servicios adecuados de atención médica (...). Asimismo, destaca su derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente, entre otras, en los servicios sanitarios.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, teniendo en cuenta que el acceso a la atención de salud es un derecho básico previsto en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y destacando que es de capital importancia para la salud y el bienestar de la mujer el cumplimiento del artículo 12, realizó la Recomendación General N° 24 denominado “artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-la mujer y la salud”⁸³. El Comité destaca **la importancia de prestar especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos**, dentro de las que se incluyen las niñas⁸⁴.

El CEDAW deja claro que los informes que se presenten ante él, deben demostrar que las medidas adoptadas, legislativas, los planes y las políticas en materia de salud, estén basadas en investigaciones y evaluaciones científicas y éticas del Estado y las necesidades de salud de la mujer en el país y **tienen en cuenta todas las diferencias de carácter étnico, regional o a nivel de la comunidad**, o las prácticas basadas en la religión, la tradición o la cultura”⁸⁵. Esta Recomendación, exige de los Estados un minucioso estudio sobre las características y particularidades específicas de la mujer para brindar atención médica. El deber de los Estados Partes de asegurar, en

⁸³ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 24* (20° periodo de sesiones, 1999)

⁸⁴ Idem, párrafo 6.

⁸⁵ Idem, párrafo 9.

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, “el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio”. Estas tres obligaciones deben estar garantizadas en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas⁸⁶

Se advierte de esta Recomendación que los Estados Partes deben garantizar la adopción de leyes eficaces y la formulación de políticas, **incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados**; la capacitación de los trabajadores de la salud sobre cuestiones relacionadas con el género de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia basada en el género (...) (párrafo 15). Siguiendo esta Recomendación, los Estados Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias, en los distintos ámbitos, para brindar una atención médica adecuada. También, en particular, los Estados Partes deberían “exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa” y “velar por que los programas de estudios para la formación de los trabajadores sanitarios incluyan cursos amplios, obligatorios y que tengan en cuenta los intereses de la mujer sobre su salud y sus derechos humanos, en especial la violencia basada en el género”.⁸⁷

En el ámbito universal, a la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se suma la aprobación del Protocolo Facultativo (1999).

En el ámbito americano, en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y se comprometen, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, en adoptar políticas destinadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo las siguientes acciones (art. 7):

⁸⁶ Idem, párrafo 13.

⁸⁷ Idem, párrafo 31.

- a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

Es de advertir que los Estados, mediante estos instrumentos, asumen determinadas obligaciones frente a los derechos de la mujer, incluida la atención médica. Se entiende que México, al ser Estado Parte de estos instrumentos internacionales, que entraron en vigor hace ya casi dos décadas, tiene la obligación de adecuar su derecho interno a las

exigencias del derecho internacional. Pero su obligación no se limita al reconocimiento de normas, sino que estas sean efectivas y eficaces para que no vuelvan a suceder situaciones como la de Valentina.

México es parte de estos instrumentos y no ha cumplido con la obligación de proteger a Valentina Rosendo Cantú. Es obligación del Estado proteger a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción. Esta obligación no se limita, entre otros, al acceso a la justicia, por cuanto en situaciones como la de Valentina es imprescindible también una atención médica oportuna y especializada. Como es de advertir, en este caso, Valentina, lamentablemente, no ha contado ni con el derecho tan reconocido como el acceso a la justicia ni con el derecho, que debería ser imprescindible, a una atención médica oportuna.

Desde luego, en el caso de Valentina Rosendo Cantú no existió la *debida diligencia* a la que la Corte Interamericana hizo referencia en su primera sentencia⁸⁸, cuando señaló: “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁸⁹. Más tarde en la Convención Belem do Pará en el artículo 7.2 se recoge la debida diligencia al señalar como un deber del Estado “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

Contar con una atención oportuna no es solo una cuestión de salud, sino que permite corroborar los hechos en un momento próximo a la violación, sea sexual o no, que más tarde servirían de prueba para demostrar la violación. Algunas agresiones, fundamentalmente físicas dependiendo de cada ser humano pueden desaparecer en un tiempo breve.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Op. cit., párrafo 172.

⁸⁹ *Ibidem*.

Es de advertir que el avance normativo en el reconocimiento específico de los derechos de la mujer es cada vez mayor, pero ello no significa que todo está resuelto, ya que de situaciones como la de Valentina se desprende que aún hay mucho por hacer.

Teniendo en cuenta que la lacra de la violencia contra las mujeres se presenta en todas las sociedades, conscientes de que las realidades entre Europa y América Latina son completamente diferentes, pero procurando ser útiles a la Corte Interamericana, nos permitimos mencionar brevemente algunos avances en el tratamiento médico para las mujeres víctimas de violencia sexual por parte de las instancias de salud del Estado en España.

España, en la labor de atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, el 28 de diciembre del 2004, aprobó la **Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**. Como se advierte de la exposición de motivos, es una Ley que abarca los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. También aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que regula esta Ley. Enfoca la protección de las víctimas de violencia de género de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

Ha de indicarse que la citada ley no abarca todas las formas de violencia de género, indicándose su artículo 1.1 que el objeto de la misma es *“actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*(artículo 1.1). Sin embargo las previsiones contenidas en la misma suponen un avance muy importante en la protección de los derechos de las mujeres víctimas de todo tipo de violencia de género ya que, como más adelante expondremos, siguiendo las previsiones de la Ley se han aprobado protocolos que cubren la protección, no solo de las mujeres víctimas de violencia por

parte de sus parejas y ex-parejas, sino también para las víctimas de cualquier forma de violencia de género. Asimismo las Comunidades Autónomas españolas han dictado normas que extienden la aplicación de las medidas de protección reguladas en la Ley 1/2004 a todas las mujeres víctimas de violencia de género, independientemente de que su agresor tenga o haya tenido con ellas relación alguna de afectividad.

Por ello, dada su adecuación y la protección que ha supuesto para las mujeres víctimas de violencia de género en todas sus formas, es por lo que consideramos necesario resaltar la importancia de las previsiones y medidas contenidas en la Ley 1/2004, en cuanto a la sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo asistencial, así como en la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta Ley que, entre otras cosas, persiguen la agilización de los procedimientos judiciales. Asimismo, la Ley crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS), una Comisión contra la Violencia de Género encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias en ella establecidas.

A la citada Comisión contra la Violencia de Género⁹⁰ la ley le encomienda la función de prestar apoyo técnico y orientar la planificación de las medidas sanitarias establecidas en su Capítulo III (sensibilización y formación continuada del personal sanitario para la prevención, la detección precoz, intervención y apoyo a las víctimas de esta forma de violencia), y además la de evaluar y proponer las actuaciones necesarias para la aplicación del protocolo sanitario y de cualquier otra medida que estime necesaria para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de esta forma de violencia.

La Ley Orgánica de 2004, en su artículo 32, hace referencia a los planes de colaboración necesarios para el logro del objetivo. Establece la elaboración de planes de colaboración, por parte de los poderes públicos, que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género con la participación de las administraciones sanitarias, la Administración de

⁹⁰ Esta Comisión estará integrada por representantes de todas las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y como parte de sus funciones, emitirá un informe anual que será remitido al Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer⁹⁰ y al Pleno del Consejo Interterritorial (Art. 16).

Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

“En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan” (art. 30.2). Asimismo establece que las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Estos protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

En diciembre de 2006, el Ministerio de Sanidad y Consumo aprobó el **Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género**, para su aplicación en el conjunto del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo⁹¹. El **objetivo principal** de este protocolo es establecer una pauta de actuación normalizada y homogénea para el Sistema Nacional de Salud (SNS), tanto para la detección precoz como para la valoración y actuación ante los casos detectados y el seguimiento de los mismos. Su finalidad última es ofrecer orientaciones al personal sanitario del Sistema Nacional de Salud (SNS) para la atención integral —física, psicológica, emocional y social— de las mujeres que sufren violencia de género y que acuden a un centro sanitario.

⁹¹ El Protocolo se puede ver en:
<http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/protocoloComun.pdf>

El ámbito de aplicación de este protocolo es más amplio que el de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la violencia de Género ya que considera violencia de género “cualquier forma de violencia y malos tratos ejercida contra las mujeres mayores de 14 años, independientemente de quién sea el agresor”, dedicando un capítulo íntegro a las actuaciones a seguir en el caso de **agresiones sexuales**, teniendo en cuenta la atención y actuación sanitaria específica que requieren estos casos, dadas las medidas e implicaciones médico-forenses y legales que conlleva.

Este Protocolo ha sido elaborado por la Comisión de Violencia de Género del Consejo⁹², tomando en cuenta el criterio de expertos y la labor desarrollada con anterioridad por las Comunidades Autónomas⁹³ y en el mismo se incide sobre la existencia de colectivos de mujeres que por sus características personales o por su situación social o legal, necesitan una atención específica que dé respuesta a sus necesidades concretas para un seguimiento adecuado. Tal es el caso de las **mujeres con discapacidad física, psíquica o sensorial, inmigrantes, de entornos rurales o las mujeres en situación de exclusión social (como por ejemplo las mujeres en prostitución o drogodependientes)**. La vulnerabilidad en que se encuentran estos colectivos, en lo que al maltrato se refiere, obliga al personal sanitario a prestar una atención especial.

El Protocolo recoge conceptos generales, como la definición de violencia contra las mujeres (remitiéndose a la recogida en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1993), y analiza sus causas y el importante papel que ha de desempeñar el personal de los servicios sanitarios en la protección a las mujeres víctimas de violencia, planteando la necesidad de su implicación activa, teniendo en cuenta las características de este tipo de violencia y las dificultades para identificarla, incluyendo recomendaciones para su prevención desde el sistema sanitario. Asimismo entra a concretar las actuaciones a seguir tanto desde los servicios de atención primaria y especializada, como desde los servicios de urgencia, dedicando, un capítulo específico

⁹² Comisión de Violencia de Género del Consejo Interterritorial del SNS, creada por la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral a las Víctimas de Violencia de Género, referida anteriormente.

⁹³ A nivel de Comunidades Autónomas se pueden destacar los Protocolos: Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Navarra, País Vasco; y Guías de actuación sanitaria: Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja.

a regular las **actuaciones que los profesionales sanitarios deben seguir frente a los casos de agresiones sexuales** estableciendo, entre otras, las siguientes **pautas**:

-El personal sanitario de Atención Primaria o de otro dispositivo sanitario no hospitalario que atienda una agresión sexual, excepto en asuntos de gravedad y riesgo vital que obliguen a tratamiento médico inmediato, remitirá a la víctima lo más rápidamente posible y en ambulancia al hospital más cercano, sin que medien lavados ni cambios de ropa. *“En caso de felación es importante, en la medida de lo posible, evitar la toma de líquidos o alimentos antes del reconocimiento de la víctima en el hospital”*⁹⁴.

-Se destaca la necesidad de propiciar un trato comprensivo hacia la mujer, tendente a crear un ambiente que facilite la comunicación, la confidencialidad y la mayor intimidad posible, permitiendo la presencia de personas de confianza de la víctima si es que ésta así lo decide. *“No deben realizarse preguntas comprometidas, debiendo recoger los datos que la mujer quiera dar”*.

-Considera el Protocolo necesario informar a la mujer de todas las exploraciones que se le van a hacer así como de la finalidad de éstas, comentando en todo momento lo que se está haciendo, y recabando el consentimiento cuando sea necesario.

-Se recomienda reducir al menor número posible los impactos psíquicos que va a sufrir la mujer después de la agresión. En este contexto se destaca la importancia de que la evaluación ginecológica y la del médico forense se realicen en un solo acto, con independencia entre las actuaciones sanitarias y las periciales, procurando que no se precisen nuevos reconocimientos. *“Por ello, y por no existir impedimento legal ni ético –más bien al contrario- para que los reconocimientos en casos de agresiones sexuales se realicen de manera simultánea y coordinada, es necesario la comunicación inmediata a través del teléfono con el Juzgado de Guardia, que acordará la asistencia del médico forense o encomendará al médico de guardia la recogida de muestras de interés legal”*.

⁹⁴ Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, 2007, p. 43

-El Protocolo detalla las actuaciones generales dependientes de cada profesional en estos casos:

Actuaciones desde la medicina clínica:

- Realizar la anamnesis y el examen clínico.
- Solicitar la actuación de la medicina forense, a través del juzgado de guardia, y colaborar en su trabajo.
- Toma de muestras del aparato genital para infecciones de transmisión sexual
- Petición de analítica sanguínea.
- Tratamiento inmediato de las posibles lesiones físicas.
- Tratamiento de las infecciones de transmisión sexual.
- Profilaxis del embarazo.
- Emisión del parte de lesiones.

Actuaciones desde la medicina forense:

- Toma de muestras de interés legal: Para ello el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y el Instituto de la Mujer, en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, han presentado en varias provincias y Comunidades Autónomas un “KIT” de recogida de muestras para los casos de agresión sexual. Contiene todo el instrumental necesario para una correcta toma de muestras (hisopos, cortaúñas, peine, bolsas, etiquetas...). Además, contiene elementos que contribuyen a mejorar el entorno en el que se ha de practicar el reconocimiento, dotándolo de una intimidad y dignidad que en estos casos es muy necesaria para tratar de reducir el riesgo de victimización secundaria.
- Señalar la localización e importancia de las lesiones (fotografiar lesiones)
- Realización del Informe Médico Forense para el Juzgado.

-Además, el Protocolo describe, en unas tablas, detalladamente las actuaciones a realizar en casos de agresiones sexuales desde los servicios de Urgencias: **Registro en la historia clínica**, que pudiera servir como prueba en el proceso judicial, transcribir los hechos referidos por la paciente con todos los datos, antecedentes de enfermedades, etc.; **exploración (general y ginecológica)**, entre ellos el examen de la superficie corporal,

muestras de interés legal, exploración ginecológica; **Analítica** para determinar grupo sanguíneo y Rh de la paciente, prueba de tóxicos, prueba de embarazo, infecciones de transmisión sexual; **Atención y seguimiento**: tratamiento de las lesiones físicas y secuelas psicológicas, prevención de infecciones de transmisión sexual, profilaxis de embarazo; **Información y derivación**: informar a la mujer sobre determinados aspectos como: la agresión sexual es delito y ella tiene derecho a denunciarlo, analizar con ella la repercusión en su salud física y emocional la legislación protege sus derechos e integridad y que si desea puede solicitar una orden de protección, informarle sobre la atención a las mujeres que sufren violencia de género, según estén organizados en su Comunidad Autónoma o provincia; Recomendaciones y notificación al Juzgado. Destaca la importancia de la derivación a/ y coordinación con atención primaria y trabajo social, asegurando la atención psicológica, social y jurídica de la mujer, según la organización y recursos propios de su Comunidad Autónoma o provincia. **Recomendaciones**: no mantener relaciones sexuales hasta siguiente valoración, y seguimiento adecuado a todo el proceso de atención integral de salud. **Notificación**: Emitir el parte de lesiones e informe médico al juzgado de guardia. El Protocolo incide en que este informe debe recoger los resultados de todas las pruebas médicas realizadas y recomendadas por este protocolo.

-También destaca el Protocolo **la importancia de la coordinación y colaboración intersectorial** (con recursos sociales, jurídicos, policiales, etc.) en la atención a las mujeres que sufren malos tratos. *“Es importante que cada profesional conozca los recursos específicos que hay disponibles a nivel nacional, autonómico, provincial y municipal, y sus características con el fin de facilitar su utilización adecuada”*.

Desde luego, se trata de un instrumento que no deja nada al azar, es el Protocolo nacional que hoy por hoy recoge con minuciosidad todos los detalles que se deben tomar en cuenta ante la violencia contra la mujer. (Nosotros hemos prestado especial atención en la exposición anterior al contenido referido específicamente a la agresión sexual).

Si bien este Protocolo es un gran avance, a nivel nacional en España, en la lucha contra la lacra que constituye la violencia contra la mujer y las agresiones sexuales, es de destacar la importante contribución de los centros sanitarios. Así el pasado año el

Hospital Clínico Universitario de Barcelona publicó la Guía de Autoayuda para Mujeres Víctimas de Agresión Sexual (elaborada por la Comisión de Violencia intrafamiliar y de género del citado Hospital) y en el mes de marzo del presente año, el Hospital General de Castellón de España, en aras de brindar una asistencia sanitaria de alta calidad a las víctimas de violencia de género que son atendidas en dicho centro, ha elaborado dos protocolos: uno dirigido a la atención de víctimas de violencia de género y otro dirigido a **la atención de víctimas de agresiones sexuales**, que profundiza el mencionado *supra*, a fin de optimizar la atención sanitaria a las víctimas. Son documentos que no se limitan a la coordinación de los diferentes servicios del hospital, sino que garantizan también la coordinación interinstitucional (instituciones como el Instituto de Medicina Legal (forense-judicial), los diferentes cuerpos policiales y departamentos de atención a la mujer de otras consellerías) para la atención a las mujeres víctimas de violencia y de agresión sexual.

El Protocolo de Atención a la Mujer Víctima de Violencia de Género establece las directrices en la atención a la paciente en sus vertientes médica, psicológica y social, y detalla las recomendaciones concretas sobre la cumplimentación del Informe Médico, cuyo original sirve de documento médico-legal. Con él se comunica a la autoridad judicial cualquier lesión que pueda ser constitutiva de delito, siendo pues de suma importancia su adecuada realización, así como su remisión al Juzgado de Guardia.

Este protocolo también garantiza, por parte del Hospital General de Castellón, el seguimiento clínico durante los 6 meses posteriores a la agresión sexual para la profilaxis, diagnóstico, tratamiento y control evolutivo de posibles infecciones de transmisión sexual, tal como recomiendan las guías clínicas, en un contexto de trato asistencial médico humanizado y personalizado.

Estos protocolos son producto de un estudio minucioso dirigido por el centro hospitalario de Castellón, con contactos y entrevista con representantes de las diferentes instituciones vinculadas en la atención a víctimas de violencia de género y de agresiones sexuales (Dirección de la Clínica Médico-Forense, Policía Nacional-SAF ⁹⁵ EMUME⁹⁶ de la Guardia Civil, Oficina de Atención a las Víctimas del Delito, Centro Mujer 24 horas y Área de Justicia Juvenil y Prevención de la Violencia y el Servicio de Igualdad

⁹⁵ Servicio de Atención Familiar de la Policía Nacional.

⁹⁶Equipo de Mujer y Menor de la Guardia Civil

Oportunidades del Ayuntamiento de Castellón). Ello con el fin de diseñar un plan de actuación entre los diferentes recursos existentes en el entorno local y la coordinación entre las instituciones que desarrollan un papel asistencial, para brindar una mejor atención a las mujeres. Se trata de dos protocolos cuya elaboración, si bien está liderada y coordinada por el Hospital General de Castellón, cuenta con el consenso y compromiso de todas las partes implicadas.

Se ha creado una Comisión de Atención a Víctimas de Violencia de Género, para hacer un seguimiento al cumplimiento eficaz y efectivo de ambos protocolos, que trabajará en dos líneas: la asistencia sanitaria de calidad a las víctimas y garantizar la coordinación inter-institucional en la atención a las mismas.

Por último, consideramos de interés hacer referencia al Protocolo de Coordinación en caso de Delitos de Agresión Sexual suscrito por las instituciones de las Islas Baleares que han de implicarse en la protección de las víctimas de estos delitos. Así el citado Protocolo esta suscrito por el Presidente de la Audiencia Provincial, el Delegado del Gobierno de las Islas Baleares, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, el Decano del Colegio de Abogados de las Islas Baleares, la Consejera de Presidencia y la de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma Balear, y por la Coordinadora del Instituto de Reinserción Social de la Comunidad Autónoma.

El especial interés del citado Protocolo es el de su perspectiva de Coordinación Interinstitucional como supuesto necesario para conseguir, tanto la adecuada asistencia a la víctima desde el primer momento, en todos los aspectos, como para posibilitar el inmediato conocimiento de la autoridad judicial de la existencia de un presunto delito de agresión sexual, canalizando a través de dicha vía la intervención del médico forense para la pertinente exploración y obtención de muestras en su caso, de forma conjunta con el médico que asiste clínicamente a la víctima.

Las Instituciones firmantes de este Protocolo se plantean su necesidad partiendo de la exigencia legal de que la intervención del médico forense y la obtención de muestras se han de producir en el seno de un procedimiento penal abierto, con las debidas garantías y con la procedente intervención judicial desde el inicio. Y, partiendo de la base de que la víctima en no pocas ocasiones no estará en disposición inmediata de formular denuncia, ello no debe impedir que, a prevención, se lleve a cabo la apertura de

diligencias para averiguación de los hechos, facilitando la actuación de los agentes de la autoridad, evitando además la doble victimización de la persona agredida canalizándola desde el primer momento hacia las distintas opciones asistenciales que, desde un punto de vista integral, pueda precisar con posterioridad a la agresión sufrida.

Desgrana el protocolo las distintas actuaciones que cada institución ha de llevar a cabo en función de a cuál de ellas haya acudido la víctima en primer lugar para solicitar ayuda o atención, (planteando desde esta perspectiva las actuaciones que en su caso deberá seguir el Juzgado, la Policía o Guardia Civil, la Policía Municipal, o el centro médico) así como la intervención del Ministerio Fiscal cuando la víctimas sean menores de edad, incapaces o personas desvalidas

Teniendo en cuenta que la violencia contra la mujer es un problema generalizado, consideramos necesario mostrar el avance en la lucha contra esta lacra llevado a cabo en España, que debería aplicarse, teniendo en cuenta las particularidades de cada país, a otras realidades, a fin de evitar en el futuro lo sucedido con Valentina Rosendo Cantú. Al daño físico y psicológico que ha sufrido Valentina se sumó la indiferencia por parte del Estado; por ello la exigencia de reconocimiento, regulación y cumplimiento de algunos aspectos básicos de estos Protocolos al Gobierno de México, podría constituir una forma de reparación que sería de utilidad para otras mujeres, fundamentalmente del Estado de Guerrero, requiriendo al Gobierno que ponga especial atención en la adopción de medidas de protección a las mujeres de la población indígena, de forma que se garantice:

- El acceso a la atención sanitaria adecuada de las que hayan sido víctimas de violencia;
- La aprobación de programas de formación y sensibilización del personal de los servicios sanitarios;
- La creación de cauces de coordinación interinstitucional –entre los centros sanitarios, policía, juzgados, servicios sociales...- que eviten su doble victimización, y garanticen la tutela judicial efectiva de sus derechos, para lo que será necesario, entre otras cosas, posibilitarles el ejercicio del derecho de defensa en los procesos judiciales por parte de profesionales independientes.

V. CONCLUSION

Por los fundamentos antes expuestos, concluimos que el Estado mexicano ha incurrido, en agravio de Valentina Rosendo Cantú, en responsabilidad internacional por la vulneración del artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debidamente concordado con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Concluimos también, que el Estado mexicano ha incurrido en responsabilidad internacional por la vulneración del artículo 8.1 de la Convención Americana, sobre el debido proceso legal.

En tal sentido, recomendamos a la Corte que, tras condenar al Estado mexicano por la responsabilidad internacional en la que ha incurrido, se le ordene reparar adecuadamente el daño ocasionado a la víctima y tomar las medidas necesarias para que situaciones como esta no se repitan.