

La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

***Sexual violence as torture.
Jurisprudential study on the inter-american
court of human rights***

***La violence sexuelle comme instrument de torture.
Étude jurisprudentielle dans la cour interaméricaine
des droits de l'homme***

***A violência sexual como tortura.
Estudo jurisprudencial na Corte
Interamericano de Direitos Humanos.***

Diana Marcela Bustamante Arango²

-
- 1 Este artículo constituye uno de los productos de la investigación ya terminada (2011-2012), titulada *Análisis jurisprudencial sobre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los derechos humanos de la mujer en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en diálogo con el ordenamiento interno colombiano*. Adscrita a la línea de investigación Proyecciones político-jurídicas del derecho internacional y los derechos humanos del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de San Buenaventura, Cali.
 - 2 Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante organismos, tribunales y cortes internacionales, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2011. Especialista en Derecho Privado, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2008. Abogada, Universidad Santiago de Cali, 2006. Licenciada en Literatura, Universidad del Valle, 2006. Candidata a Doctora en Humanidades, Eafit, Medellín, 2014. Profesora Asociada Universidad de San Buenaventura Cali. Líder del Grupo de Investigación GIPCODEP. Cali-Colombia. Correo electrónico: dmbustam@usbcali.edu.co
Este artículo fue recibido el día 12 de agosto de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 19 del 7 de noviembre de 2014.

Resumen

El presente artículo constituye un estudio jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el enfoque teórico del realismo jurídico y con el método de construcción de línea jurisprudencial del jurista colombiano Diego López Medina. El objeto de estudio lo motiva un fallo sobre violencia sexual en un caso contra los Estados Unidos Mexicanos. El objetivo principal es identificar los estándares internacionales fijados por esta Corte para calificar la violencia sexual como tortura.

Palabras clave: Violencia sexual; Derechos humanos de mujeres; Corte Interamericana; Fuentes del derecho internacional; Construcción de línea jurisprudencial.

Abstract

The present article constitutes a jurisprudential study of the Inter-American Court of Human Rights from the theoretical approach of the juridical realism and with the jurisprudential line construction method of Colombian jurist Diego Lopez Medina. The objective of the study is motivated from a judgment on sexual violence in a case against the United States of Mexico. The main target is to identify the international standards fixed by this Court to consider the sexual violence as a torture.

Key words: Sexual violence; Women´s Human rights; Inter-American Court; International law sources; Jurisprudential line Construction.

Résumé

Cet article est une étude jurisprudentielle de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme à partir de l'approche théorique du réalisme juridique et la méthode de construction de la ligne jurisprudentielle du juriste colombien Diego López Medina. L'objet d'étude est motivée par une décision de la Cour sur la violence sexuelle dans une affaire contre les États-Unis du mexicains. L'objectif principal est d'identifier les normes internationales établies par cette Cour pour qualifier la violence sexuelle comme instrument de torture.

Mots-clés: Violence sexuelle; Droits humains de la femme; Cour Interaméricaine; Sources du droit international; Construction d'une ligne jurisprudentielle.

Resumo

O presente artigo constitui um estudo jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde o enfoque teórico do realismo jurídico e com o método de construção de linha jurisprudencial do jurista colombiano Diego López Medina. O objeto de estudo o motiva uma sentença sobre violência sexual num caso contra os Estados Unidos Mexicanos. O objetivo principal é identificar os padrões internacionais fixados por esta Corte para qualificar a violência sexual como tortura.

Palavras-chave: Violência sexual; Direitos humanos de mulheres; Corte Interamericana; Fontes do direito internacional; Construção de linha jurisprudencial.

Sumario

Introducción. 1. Identificación del punto de apoyo para el análisis. La sentencia arquimédica. 1.1. Análisis estructural de las citas. 2. Análisis de las sentencias hito. 2.1 Caso Fiscal contra Akayesu. 2.1.1. Sub-reglas. 2.2 Caso Aydin Vs. Turquía 2.2.1 Sub-reglas. 2.3 Caso penal Castro Castro contra Perú. 2.3.1 Sub-reglas. 3. Discusión. 4. Conclusión. Referencias.

Introducción

Estudiar el derecho internacional público y sus implicaciones resulta ser un objeto de análisis de completa vigencia en la sociedad mundial y de sumo interés para quienes se acercan a este campo y se preocupan por los problemas de interpretación, así como de la jerarquía de las fuentes del derecho y, con este marco, para quienes estudian los derechos humanos de las mujeres que, a la vez, se interesan por la construcción de estándares internacionales que permitan orientar su aplicación en la práctica judicial interna.

Dentro de los estudios del derecho internacional cobra relevancia el tema de la jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales puesto que su ejercicio ha desbordado la función auxiliar dictaminada en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, puesto que la doctrina jurisprudencial es usada por otras cortes y tribunales, también de carácter internacional e, incluso, por las cortes en las jurisdicciones internas (Sentencias C-507 de 2004, C-355 de 2006, T-234 de 2012, C-579 de 2013; Auto 092 de 2008, entre otros).

De hecho, la práctica de la Corte Interamericana evidencia el uso de la jurisprudencia de la Corte europea (caso Palmeras vs. Colombia, 2000; caso Artavia vs. Costa Rica, 2012, entre otros) o de los comités de las Naciones Unidas (caso masacre de las Dos erres, 2009; caso Atala Riffo vs. Chile,

2012, entre otros), incluso de los tribunales penales internacionales para Ruanda o la ex Yugoslavia (caso penal Castro Castro vs. Perú, 2006; caso Campo algodón vs. México, 2009, entre otros), como criterio interpretativo para resolver los problemas jurídicos de su conocimiento y que, en ocasiones, no cuentan con casos previos similares en su jurisdicción para orientar la decisión.

Desde este interés, la transformación de la práctica judicial es el objeto de este estudio que tuvo como finalidad explorar la práctica citacional de la jurisprudencia interamericana en aquellos casos relacionados con la violencia sexual contra las mujeres y, dentro del derecho positivo de los tratados, ninguno de los dos instrumentos internacionales que prohíben la tortura, a saber: Convención internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes³ ni en la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, se incluye la violencia sexual como un medio de tortura⁴, así que la ampliación semántica en la tipificación de la violencia sexual como una forma de tortura, constituye una construcción jurídica desarrollada por la jurisprudencia internacional.

De esta manera, este estudio jurisprudencial tiene como objetivo conocer el estándar internacional que ha sido construido por la Corte Interamericana para aquellos casos de violencia sexual contra las mujeres, perpetrada por agentes estatales o con su aquiescencia.

Varios autores, entre ellos el profesor Hernán Valencia Restrepo, coinciden en reconocer a la jurisprudencia internacional –desde el punto de vista fáctico– como fuente formal particular en la creación del derecho (2008),

3 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

4 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general de la OEA en su resolución No. 67, el 12 de septiembre de 1985. Entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

por lo tanto, para el autor, si se comparara con la función de la costumbre internacional, es posible plantear el argumento de que también puede concebirse como fuente formal general del derecho internacional, por cuanto la jurisprudencia puede producir los mismos efectos jurídicos de la costumbre (2008). Argumento que soporta nuestra hipótesis porque, en el caso objeto de estudio, hasta antes de la jurisprudencia de los tribunales penales para Ruanda y la ex Yugoslavia, existía un vacío positivo en relación con la calificación jurídica del delito de violencia sexual como tortura; dicho vacío fue colmado por los fallos de estos tribunales y ha sido retomado también en dictámenes de corporaciones internacionales con competencia para ello, así como en la jurisprudencia de cortes internacionales con jurisdicción para conocer de demandas contra los Estados parte.

En el análisis de la sentencia proferida por la Corte Interamericana en el caso *Fernández y otros contra México*, que ocupa este artículo, el ejercicio citacional que hacen los diferentes tribunales y cortes internacionales en casos concretos relacionados con la violencia sexual contra mujeres, construyen lo que podría llamarse, de acuerdo con el profesor Valencia, una “costumbre judicial”; así, las soluciones jurisprudenciales se imponen de manera reiterativa para dirimir los litigios en conocimiento (2008), lo cual puede entenderse como la doctrina vigente que sirve de parámetro para resolver casos similares, en jurisdicciones nacionales e internacionales.

Sin embargo, cumplir con el objetivo de estudiar la jurisprudencia internacional requiere de una metodología que permita su tratamiento con un enfoque riguroso. Para cumplir esta meta se ha seleccionado la metodología del profesor Diego López Medina con el propósito de hacer el análisis jurisprudencial desde la “construcción de una línea jurisprudencial”. Esta metodología “debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos, es decir, basados en analogías fácticas” (2006, p. 115).

Y es ésta la técnica que se examinará a continuación, el uso de las citas técnicas analógicas⁵ de otras instancias jurisdiccionales internacionales, Corte Interamericana que, en el momento de dirimir controversias jurídicas, han empleado en su *ratio decidendi* soluciones jurisprudenciales que conforman otras *ratio decidendi* de tribunales penales internacionales, la Corte europea de derechos humanos o el Comité contra la tortura de las Naciones Unidas.

Dicha práctica reafirma el empleo de lo que se llamará “precedente horizontal”, no en su acepción técnica de fuerza vinculante del precedente para jueces del mismo tribunal (López, 2006), sino, más amplio y ajustado al escenario internacional, obligatoriedad en la aplicación del precedente de manera permanente uniforme y repetida de la jurisprudencia de otras cortes internacionales.

La metodología expuesta por Diego López Medina tiene como finalidad comprender la doctrina constitucional vigente a través del estudio técnico de la citación jurisprudencial; nuestro interés es comprender las dinámicas de otro sistema jurídico como el Interamericano. Para esto se hizo necesario adecuar los postulados del profesor López Medina al caso objeto de estudio que se examina en este artículo.

El primer paso fue identificar la “sentencia arquimédica”⁶ que respondiera a un patrón fáctico seleccionado que, en primera instancia, se identificó

5 Para López Medina, la citación técnica hace parte de su clasificación sobre tipologías de citas jurisprudenciales, una citación técnica analógica es aquel ejercicio de la práctica judicial en el que las cortes “citan precedentes que tienen una relación fáctica estrecha con el caso presente” (2006, p. 119), es decir, es una muestra de disciplina y rigurosidad en la citación.

6 La sentencia arquimédica hace parte de la metodología propuesta por el profesor López para la construcción de líneas jurisprudenciales y consiste en la selección de “una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será ayudar con la identificación de las “sentencias hito” (es decir, las fundamentales) de la línea y en su sistematización en un gráfico de la línea (2006, p. 132).

como: “violencia sexual contra la mujer calificada como tortura”. Luego, sobre esa sentencia, se realizó el respectivo “análisis citacional” para encontrar en ella los “puntos nodales” que permitieron identificar las “sub-reglas” de la jurisprudencia internacional sobre el tema.

Ahora bien, una sub-regla es una argumentación que soporta la resolución de un caso en concreto,

(...) esta “sub-regla judicial” (...) tiene que ser “extraída” de los argumentos de las sentencias. La “sub-regla” con frecuencia está claramente expuesta en los considerandos, pero, a veces, tiene que ser a su vez “extraída” o “reconstruida” de sentencias más complejas. Esto significa que las sentencias, lo mismo que las leyes, tienen que ser interpretadas. (2006, p. 157)

Si bien la violencia sexual contra las mujeres ha sido una práctica criminal generalizada (Rubyn, 1998), recientemente ha comenzado a evidenciarse, principalmente como consecuencia de los dictámenes de comités y por los fallos de cortes y tribunales penales internacionales como Ruanda y la ex Yugoslavia, entre otros, razón por la cual se considera necesario y pertinente el estudio técnico de la jurisprudencia internacional para “extraer” o “reconstruir” las sub-reglas jurídicas que podrán ser empleadas en el litigio de casos con similar naturaleza.

En consecuencia, el problema jurídico escogido para este análisis se formula en la siguiente pregunta orientadora: ¿cuáles son los presupuestos fácticos para calificar jurídicamente la violencia sexual como tortura? Este problema jurídico tiene como objetivo clarificar las sub-reglas jurídicas que la Corte Interamericana ha construido dentro del proceso de adjudicación de casos que conservan el patrón fáctico de violencia sexual contra la mujer y que, como se concluirá en este estudio, han robustecido la definición de

tortura por incluir, previo algunos requisitos, la violencia sexual como una de las prácticas que la configuran.

El objetivo de este artículo es identificar las posibles sub-reglas que den respuesta a los problemas jurídicos referidos y establecer la doctrina jurisprudencial internacional vigente sobre la violencia sexual.

La estructura de este artículo se dispone en cuatro partes; en la primera, se identifica la “sentencia arquimédica” y, con base en la “ingeniería de reversa”⁷, se realiza el respectivo “nicho citacional”⁸ y se grafica. Posteriormente, se identifican las “sentencias hito”⁹ de la línea, así como la “sentencia fundacional”, y se efectúa el correspondiente análisis para identificar las “sub-reglas” construidas por los diferentes tribunales citados.

Posteriormente, se identifican los “puntos nodales” y, a partir de la “teoría de los escenarios constitucionales”, se hace una adecuación de lo que podría llamarse *escenarios convencionales*, puesto que el análisis parte de la norma internacional que consagra el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad y a la honra.

Las sentencias del “nicho citacional” permiten identificar lo que, para efectos de esta investigación, se denominará “escenarios convencionales”¹⁰

7 Proceso mediante el cual se identifica la estructura citacional de la sentencia arquimédica (López, 2006, p. 133), esto es, los argumentos de autoridad citados por la Corte como fundamento de su decisión.

8 Gráfica que contiene el diagrama de las citas identificadas por quien hace la investigación producto de la ingeniería de reversa y que le permitirá identificar las sentencias hito.

9 Esto es, “aquellas que pertenecen al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia” (2006, p. 133).

10 López Medina alude a éstos como “escenarios constitucionales” a través de los cuales propone la identificación de un patrón fáctico en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas,

(se reemplaza el concepto de “escenarios constitucionales” (López, 2006, p. 138) esto es, el patrón fáctico en el que una Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un derecho convencional¹¹; puesto que conocer cada derecho significa conocer los “escenarios convencionales” en los que se ha litigado ese derecho y las sub-reglas creadas por las cortes internacionales en cada uno de ellos. En este caso, la Convención americana sobre derechos humanos, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹² y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, en adelante (CADH) (CBDP) (Cipst), respectivamente, así como otros instrumentos del sistema universal.

En tercer lugar, se propone una discusión en la que se construyan otras sub-reglas a partir de dos temas clave, de un lado, los criterios jurídicos requeridos para calificar la violencia sexual como tortura y, de otro, el reconocimiento de la autonomía sexual y el consentimiento como elementos consustanciales al delito de violencia sexual. Para lo cual este planteamiento se sistematiza en los siguientes interrogantes: ¿hay violación de la autonomía sexual cuando el abuso es perpetrado sin resistencia física de la víctima? ¿La ausencia de consentimiento es un elemento consustancial al delito de violencia sexual? ¿Cómo se prueba la violencia sexual cuando la víctima no se resistió físicamente a la agresión? En la cuarta y última parte se presentan unas conclusiones generales sobre el tema y se describen varias de las sub-reglas que se extrajeron.

el significado de un principio constitucional. López considera que cada derecho muestra cierto tipo de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer dicho escenario implica comprender los “escenarios constitucionales” en los que se litiga el derecho y las sub-reglas a las que ha llegado la Corte en cada uno de ellos (2006, p. 138).

11 Entiéndase un derecho positivizado en un tratado o convenio internacional.

12 Conocida también como la Convención Belém do Pará en razón del lugar en la que se firmó.

1. Identificación del punto de apoyo para el análisis. La sentencia arquimédica

En esta primera parte, se identifica la sentencia arquimédica, así como los criterios de selección que conforman el patrón fáctico objeto de estudio. A continuación, se realizará la ingeniería de reversa con la finalidad de conocer la tipología de las citas hechas por la Corte Interamericana y, con base en la ingeniería de reversa, se efectúa el respectivo nicho citacional que aparecerá graficado.

De conformidad con la metodología expuesta, el primer paso del análisis es la identificación de una sentencia reciente que contenga el patrón fáctico objeto de estudio y que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, permita calificar la violencia sexual como tortura.

Después de una revisión atenta de la jurisprudencia proferida por el tribunal interamericano en la que el punto central del fallo consista en algún tópico de violencia contra la mujer, se encontró el caso Fernández y otros contra el Estado de México, es la sentencia del 30 de agosto de 2010¹³.

El presupuesto fáctico del caso Fernández y otros, consiste en una mujer de 25 años, identificada como Fernández Ortega, la Corte omite su nombre, pertenece a la comunidad indígena Mé'phaa y residente en Barranca, Tecoañi, Estado de Guerrero, México. Según los hechos referidos en la sentencia la demandante se dedicaba a tareas domésticas, cuidado de animales que criaba junto con su esposo y a la siembra de diversos cultivos en la parcela

13 Con fecha agosto 31 la Corte Interamericana falló el caso Rosendo Cantú y otras, sobre unos hechos similares a los del caso seleccionado (mujer indígena violada por militares mexicanos en la zona de Guerrero), por tanto, la *ratio decidendi* en ambas sentencias es muy parecida; sin embargo, para nuestra perspectiva, es más amplia la remisión citacional en el caso Fernández y otras, y es ésta la razón por la que se escogió este último.

familiar. El 22 de marzo de 2002, aproximadamente a las tres de la tarde, cuando la señora Fernández se encontraba en su casa junto con sus cuatro hijos, un grupo de once militares se acercó a su casa y tres de ellos ingresaron, sin autorización, a su domicilio.

Según los hechos probados por la Corte IDH, los militares indagaron por su esposo y de manera específica le preguntaron “¿dónde ha ido a robar carne tu marido?” (Corte Interamericana, caso Fernández y otros, párr. 82, 2010); sin embargo, la señora Fernández no entendía muy bien el español y en estado de pánico no contestó. Sobre el caso específico indica la sentencia que

los militares continuaban apuntándole con sus armas y ante la negativa a contestar, uno de ellos la tomó de las manos sin dejar de apuntarle con el arma, le dijo que se tirara al suelo; una vez en el suelo, otro militar le subió la falda, le bajó la ropa interior y la violó mientras los otros dos militares observaban. Luego, los tres militares salieron de su casa y se marcharon junto con los otros que esperaban fuera. (2010, párr. 82)

Hasta aquí se tiene el patrón fáctico consistente en mujer víctima de violencia sexual perpetrada por agentes estatales.

Según la sentencia, al día siguiente, el esposo de la señora Fernández se dirigió a la sede de la Organización del Pueblo Indígena Me'phaa en Ayutla de los Libres¹⁴ y relató lo sucedido. A su vez, dicha organización presentó una queja ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Guerrero. El mismo día, miembros de la organización indígena y el esposo regresaron a casa de la señora Fernández con un médico requerido por ella (2010).

14 Municipio del Estado de Guerrero, al sur de México.

La inoperancia de las autoridades se evidencia cuando dos días después de sucedidos los hechos, la demandante, junto a miembros de la organización indígena, se acercaron al Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende para interponer la respectiva denuncia penal; sin embargo, ante la acusación de militares como perpetradores de los hechos, el agente del Ministerio Público indicó que “no tenía tiempo para recibir la denuncia” (párr. 84, 2010). Finalmente, como consecuencia de la insistencia de un miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Guerrero allí presente, el funcionario recibió la denuncia y solicitó al médico legista del Distrito realizar la auscultación correspondiente.

La víctima solicitó la presencia de una médica para realizar el examen; sin embargo, no se contaba con personal médico femenino y la señora Fernández fue remitida al Hospital General de Ayutla donde se le practicó el examen un día después. El dictamen médico indicó que la demandante no presentaba ningún dato de agresión y se ordenaron exámenes de laboratorio (2010). La ausencia de personal médico femenino para hacer el examen, así como el diagnóstico y la necesidad de encontrar una prueba física, hacen parte de la ausencia de un protocolo adecuado para tratar a las víctimas de violencia sexual, afirmación que se sustenta en las sub-reglas que serán expuestas dentro de los hallazgos de esta investigación.

El 4 de abril, el director del Hospital informó que carecía de reactivos para efectuar los exámenes solicitados y el 9 de julio, cuatro meses después, una perita química rindió el dictamen en el que corroboró la presencia de líquido seminal y células espermáticas en las muestras de laboratorio. No obstante, el 16 de agosto de 2002 el coordinador de Química Forense, de la Procuraduría General de Justicia, informó al Ministerio Público Militar que las muestras obtenidas de la cavidad vaginal de la señora Fernández se habían consumido durante su estudio y, en consecuencia, no había archivo biológico, lo cual impedía continuar con el análisis de ADN para identificar al presunto violador (2010).

En consecuencia, de conformidad con la actuación de la Fiscalía, sin la existencia de una prueba física, se hacía imposible continuar con la investigación criminal, y este presupuesto dio por terminado el proceso en sede interna y abrió la puerta, sin muchas expectativas, para lograr un pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía a cargo del Estado mexicano, en cuanto a los derechos a la dignidad humana, a la honra, a una vida libre de violencia y la integridad de la señora Fernández. No obstante, la ausencia de prueba física no fue óbice para que la Comisión inadmitiera el caso, de hecho, prácticamente la Corte condena al Estado mexicano con base en la prueba testimonial que recoge la denuncia de la peticionaria.

La Corte IDH se plantea varios problemas jurídicos relacionados con el caso en cuestión que reformulamos a través de las siguientes preguntas: ¿cómo debe valorarse la denuncia de la víctima de violencia sexual si se observan imprecisiones en la narración de los hechos? ¿Cómo se prueba la violencia sexual cuando la víctima no se resistió físicamente a la agresión? ¿La ausencia de violencia física desvirtúa la violación? ¿Cuál es la finalidad que persigue el perpetrador con la violación sexual? ¿Cuáles son los presupuestos fácticos para calificar jurídicamente la violencia sexual como tortura? ¿Se configura la tortura cuando la violencia sexual es cometida por agentes estatales? ¿El derecho de protección a la honra y a la dignidad, comprende la vida sexual? ¿Cómo debe adelantarse la investigación penal cuando el delito denunciado es el de violencia sexual de conformidad con los estándares internacionales?

Estos problemas jurídicos permitirán comprender el significado de dos derechos humanos axiales para el tema objeto de estudio que se encuentran en el fondo de la discusión propuesta y que se han seleccionado porque la violación sexual es un tipo de violencia física que vulnera, de un lado, el derecho a la integridad personal (artículo 5, 1, 2 y, de otro, el derecho a la protección

de la honra y de la dignidad, artículo 11)¹⁵, los cuales se ven transgredidos con hechos de violencia sexual y que son escogidos como criterio temático y metodológico para circunscribir el análisis exclusivamente a las sub-reglas creadas por la Corte IDH para calificar la violencia sexual como tortura.

Adicionalmente, porque, a partir de estos derechos, se podrán identificar los escenarios convencionales, es decir, el patrón fáctico identificado por la Corte IDH y, que mediante las sub-reglas, evidencia las circunstancias que contienen la adecuación de la conducta estatal como vulneradora de dichos derechos. De este análisis se construye la argumentación que permitiría emplear dichas sub-reglas en casos similares.

Ahora bien, para dar respuesta a los problemas jurídicos identificados en el análisis del fallo, la Corte Interamericana invoca nueve fallos de tribunales internacionales y un dictamen de un comité internacional, a saber: Corte europea de Derechos Humanos, Tribunal penal internacional para Ruanda, Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, la misma jurisprudencia de la Corte IDH y el Comité de Naciones Unidas contra la tortura. Dichos fallos son traídos por el tribunal interamericano a través de las citaciones, las cuales son de tipo técnico analógico estrecho, internas y externas.

Por citación analógica estrecha debe entenderse aquella que incluye la *ratio decidendi* o la sub-regla de una sentencia anterior con un vínculo fáctico estrecho o abierto (López, 2006, p. 119). Será interna cuando se cita una sentencia producida por la misma corporación y externa cuando provenga de

15 Conviene aclarar que éstos no son los únicos derechos violados puesto que la Corte declaró responsable internacionalmente al Estado mexicano, además de las referidas, por violar las obligaciones contenidas en el numeral 2 del artículo 11, derecho a la vida privada, en relación con la obligación general del artículo 1.1. Los artículos 1, 2 y 6 de la Convención americana para prevenir y sancionar la tortura y el incumplimiento del artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

otro tribunal, que es, precisamente, lo que ocurre en este caso y que se ha denominado como empleo del presente horizontal entre cortes internacionales.

1.1 Análisis estructural de las citaciones

Para la construcción de la línea jurisprudencial, el profesor López Medina sugiere la elaboración de un “nicho citacional”, que se elabora a partir de la “ingeniería reversa”, que consiste en una búsqueda de la citación jurisprudencial interna realizada por la Corte dentro de la sentencia objeto de estudio, especialmente en aquellos párrafos que conforman la razón de la decisión. La ingeniería reversa permitió identificar nueve sentencias: caso de Aydin contra Turquía (Corte europea de Derechos Humanos, 1997); caso de Kunarac et al. Foča (Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, 2001); caso Fiscal contra Akayesu (Tribunal penal internacional para Ruanda, 1998); caso V.L. contra Suiza (Comité internacional contra la tortura, 2007); caso de Dudgeon contra el Reino Unido (Corte europea de Derechos Humanos, 1981); caso de M.C. contra Bulgaria (Corte europea de Derechos Humanos, 2003); caso de Mucic et al. “Celebici Camp” (Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, 1998); caso penal Castro Castro Vs. Perú (2006) y caso González y otras (Campo algodónero) contra México (2009) Corte IDH.

A partir de la revisión de las anteriores sentencias y de la citación que se realiza en cada una de ellas a la vez, se construyó el siguiente gráfico, que permite identificar las “sentencias hito”, así como la “sentencia fundadora de la línea”, es decir, aquella que colma el vacío jurisprudencial y que es una primera sentencia en la que una corte se pronuncia de manera enérgica y con erudición sobre la interpretación de determinados derechos (López, 2006).

La asignación de significado a los colores debe interpretarse de la siguiente manera:

-  Citación de sentencias, hecha por la Corte IDH directamente en el caso Fernández, que corresponden a la Corte europea, el Tribunal penal para ex Yugoslavia y la misma Corte IDH, que no tienen el mismo patrón fáctico encontrado en el caso objeto de estudio contra el Estado mexicano.
-  Sentencia hito y sentencia fundadora de línea (caso Akayesu)
-  Sentencia hito (caso Aydın Vs. Turquía)
-  Sentencia hito (caso penal Castro Castro)

Caso Fernández y otros vs. México	
Primer nivel	Caso M.C. v. Bulgaria (CEDH-2003)
	Caso Aydin v. Turquía (CEDH-1997)
	Caso Kunarac et al. "Foča" (TPIY - 2001)
	Caso Akayesu (TPIR -1998)
	Caso VL. v. Suiza (CIT -2007)
	Caso Dudgeon v. Reino Unido (CEDH-1981)
Segundo nivel	A. v. Reino Unido (1998)
	X & Y v. Holanda
	Caso Furundzija 1998
	Caso Akayesu 1998
	Marckx del 13 de junio de 1979, serie A # 31, 13, 27
	Caso Akayesu 1998 (párr. 478 de la cita)
Caso Mucic et al. "Celebici Camp". (TPIY -1998)	
Caso Penal Castro v. Perú (Cte IDH 2006)	
Caso González y otras (Campo algodonero) v. México (Cte IDH 2009)	
Caso penal Castro Castro v. Perú (2006)	
Caso Aydin v. Turquía (1997)	
CIDH Maria Da Penha Mia Fernandez v. Brasil (2001)	
Caso Fernando y Raquel Mejia Vs. Perú 1996	
Informe anual de la CIDH Informe No. 5/69, No. 10.970, 1 de marzo de 1996	

		Caso penal Castro Castro v Perú (2006)
	Caso Aydin v. Turquía (1997)	
		Evgi v. Turkey (1998)
		Akkhoc V. Turquía (2000)
		Klic V. Turquía (2000)
		Angelova and Lien V. Bulgaria (2007)
		Opus V. Turquía (2009)
		Caso penal Castro Castro v Perú (2006)

Fuente: Elaboración propia.

En la primera columna de la izquierda del gráfico, se observan dos divisiones que aluden a un primer y segundo nivel; en el primer nivel se ubican las sentencias identificadas por la ingeniería de reversa, es decir, las que fueron invocadas por la Corte Interamericana en el caso Fernández y otras vs. México en su *ratio decidendi*, y en el segundo nivel se ubican las sentencias referidas por cada tribunal en cada una de las anteriores sentencias ubicadas en el primer nivel en su *ratio decidendi*, es decir, Corte europea, Comité contra la tortura, Tribunal penal internacional para Ruanda o para la ex Yugoslavia.

De las regularidades que se comienzan a evidenciar en el gráfico puede decirse que: a) en todas las sentencias ubicadas en el primer nivel hay patrones fácticos analógicos, casos de violencia sexual; excepto, el caso Dudgeon contra el Reino Unido¹⁶; b) la violencia sexual es perpetrada por agentes estatales o con su aquiescencia, excepto el caso MC contra Bulgaria¹⁷ y caso González y otras¹⁸. c) las sentencias hito de la línea —esto es, aquellas

-
- 16 El litigio versa sobre legislación discriminatoria respecto de prácticas sexuales de adultos; el centro de la discusión es la vida privada, especialmente, la autonomía sexual, que es interferida por disposiciones legales.
- 17 En este caso, la demandante fue violada por particulares; sin embargo, el litigio versa sobre la posición de las autoridades para conocer de casos de violencia sexual cuando no hay evidencia física de la resistencia de la víctima.
- 18 En este caso, los perpetradores son particulares, no obstante, la responsabilidad internacional del Estado de México se desprende de la omisión a su deber de investigar, de conformidad con lo establecido en el artículo 7, literal b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De esta manera la Corte IDH declaró en el 2009 la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la desaparición y posterior muerte de tres jóvenes mujeres cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. Estos actos criminales fueron cometidos por particulares; sin embargo, la decisión se soporta en la omisión estatal por no tomar medidas de protección para las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; además, por faltar a su deber de prevención de estos crímenes, a pesar del conocimiento sobre la existencia de un patrón de violencia generalizada que había cobrado la vida de centenares de mujeres desde 1993. Adicionalmente,

que pertenecen al repertorio frecuente de las sentencias que la[s] Corte[s] cita[n] en fallos subsiguientes y que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia (López, 2006, p. 133) –son: caso Aydin vs. Turquía, caso Fiscal vs. Akayesu (1998) y caso penal Castro Castro vs. Perú (2006), puesto que en las tres el litigio versa sobre demandas por actos de violencia sexual perpetrada directamente por agentes estatales o con su aquiescencia (Caso Akayesu), en contextos de conflicto armado interno.

El caso Aydin vs. Turquía se cita en dos ocasiones, en Fiscal vs. Mucic et al., “Celebi Camp” y en el caso del penal Castro Castro. El caso Akayesu, es citado en tres ocasiones, en el caso Fiscal vs. Kunarac et al. Foca; en Fiscal vs. Mucic et al. “Celebi Camp” y también en penal Castro Castro contra Perú. Finalmente, el caso del penal Castro Castro es citado en caso González y otras (Campo algodouero) contra México, en tres ocasiones.

En el análisis del nicho citacional se identifica como sentencia fundadora de la línea el fallo contra Akayesu, puesto que es la sentencia más citada que contiene la doctrina jurisprudencial vigente desde 1998 en el escenario internacional, que fue retomada en el 2006 por la Corte IDH en el caso del penal Castro Castro, primera sentencia en la que la Corte IDH da aplicación al instrumento interamericano especializado, es decir, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, por considerar responsable internacionalmente al Estado peruano por la omisión en su deber de investigar los hechos ocurridos en el penal, contra las mujeres privadas de la libertad.

la Corte IDH manifestó que el Estado mexicano había fallado en su deber de obrar con la debida diligencia en la investigación de los asesinatos, además calificó su conducta como denegación de justicia sumada a las fallas en las medidas de reparación a los familiares de las víctimas.

2. Análisis de las sentencias hito

2.1 Caso Fiscal contra Akayesu

La razón para que la jurisprudencia internacional reitere la citación de las sentencias mencionadas *supra*, se debe precisamente a que en ellas se construye el marco de análisis para conocer los casos analógicos. Así, en el caso del Fiscal contra Akayesu (1998), que es la sentencia fundadora de la línea, el fiscal le imputa a Akayesu varios crímenes, entre ellos el de genocidio y lesa humanidad por los abominables hechos ocurridos en Ruanda durante el conflicto interno armado que supuso el enfrentamiento étnico de Hutus contra Tutsis en 1994.

Akayesu era el alcalde de la ciudad de Taba en Ruanda y, si bien no se prueba que él haya realizado ningún acto de violencia sexual contra mujeres Tutsis, para el Tribunal fue claro que tampoco impidió que los perpetraran los paramilitares, denominados *Interahamwe*.

Las mujeres Tutsis padecieron de cruentos actos de violencia sexual que fueron calificados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda como genocidio y lesa humanidad, con base en las siguientes consideraciones jurídicas que, producto del análisis, se han agrupado en cuatro grandes categorías que exponen la doctrina del tribunal internacional sobre el delito de violencia sexual: a) requisitos para que la violencia sexual constituya genocidio; b) redefinición del término violación como tipo penal, características y diferencia entre violencia sexual y violación; c) presupuestos jurídicos para calificar la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y d) calificación jurídica de la violencia sexual como tortura. Dentro de estas cuatro categorías se identifican varias sub-reglas.

2.1.1. Sub-reglas

De conformidad con lo expuesto, se concibe las sub-reglas como los supuestos definidos por las cortes, tribunales o comités, como formulaciones concretas constitutivas de violación de una obligación internacional; en otras palabras, como el escenario fáctico en el que se viola un derecho convencional. Con el propósito de desglosar el análisis, se sistematizan a continuación en los literales a), b), c) y d), las categorías identificadas en el caso *Akayesu*. En el primer literal, se presenta una de las categorías que permite agrupar varias sub-reglas, que son identificadas con numerales (i).

a) Requisitos para que la violencia sexual constituya genocidio. Si bien en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se reconocen como delitos constitutivos del crimen de genocidio, entre otros, evitar nacimientos dentro del grupo, mutilación sexual, práctica de la esterilización, control forzado de la natalidad, separación de los sexos y la prohibición del matrimonio, el Tribunal avanza en cuanto a la primera conducta típica, “evitar nacimientos dentro del grupo”, con las siguientes sub-reglas extraídas de la sentencia que amplían los presupuestos para entender la comisión del crimen:

- i. En las sociedades patriarcales donde el hecho de pertenecer a un grupo se determina a partir de la identidad del padre, la violación de un hombre de otro grupo que embaraza a propósito a mujeres de dicho grupo con la intención de que ella dé a luz un niño que, por consiguiente, no va a pertenecer al grupo de su madre, constituye genocidio (1998, párr. 507).
- ii. Las medidas para evitar nacimientos pueden ser físicas pero también mentales, cuando la violación se realiza con la finalidad de que la persona violada se niegue después a procrear, de la misma manera que se puede lograr que miembros de un grupo, a través de amenazas y traumas, no procreen (párr. 508).

- iii. Los actos descritos como violación y violencia sexual, constituyen genocidio en la misma forma que cualquier otro acto, siempre y cuando se lo haya cometido con el propósito específico de destruir, en parte o por completo, un grupo particular que es el objeto de dicha destrucción (párr. 731).

De conformidad con los hechos probados en este caso, la mayoría de las mujeres Tutsis fueron asesinadas; de hecho, en muchos casos, las violaciones se realizaban cerca de las fosas comunes abiertas por los *Interahamwe*, por esta razón se hace alusión al elemento subjetivo (*mens rea*) puesto que la intención era, finalmente, asesinarlas y este contexto es el que califica el crimen internacional de genocidio.

b) La segunda categoría que se ha identificado se expresa en este literal y es una de las más importantes por ser un avance para el derecho penal, en cuanto formula los requisitos fácticos para que se configure la acción típica: redefinición del término violación como tipo penal, características y diferencia entre violencia sexual y violación:

- i. “La violación es una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coactivas” (párr. 686).

El Tribunal, en este caso de conocimiento, provee unas características del tipo penal que superan la definición tradicional y que se expresan en la siguiente sub-regla:

- ii. “Presencia de actos que involucren la inserción de objetos o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales”¹⁹ (párr. 686).

19 Una mujer agonizante a la que le es introducido un trozo de madera en sus órganos sexuales (párr 686).

- iii. “La violencia sexual, que incluye a la violación, se considera que es cualquier acto de naturaleza sexual que se comente contra una persona bajo circunstancias coactivas” (párr. 688).
- iv. En cuanto al ámbito de la violencia sexual: “La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no implican la penetración ni el contacto físico”²⁰ (párr. 688).

c) Presupuestos jurídicos para calificar la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Con este parámetro se agrupan otras sub-reglas que se han reinterpretado del análisis de este caso y que prescriben las circunstancias de modo, sujeto pasivo e intencionalidad de la conducta:

- i. El acto de violencia sexual debe cometerse: 1. Como parte de un ataque generalizado o sistemático; 2. Contra una población civil; 3. Con ciertas bases catalogadas como discriminatorias, a saber: bases nacionales, étnicas, políticas, raciales o religiosas.

En la última categoría, el Tribunal expone los presupuestos para calificar la violencia sexual como tortura,

d) Calificación jurídica de la violencia sexual como tortura:

- i. Al igual que la tortura la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es una agresión de la dignidad personal y constituye una tortura cuando la comete un funcionario público u otra persona con puesto oficial o instiga a alguien para que la cometa o da su consentimiento (párr. 597).

20 Desvestir a una estudiante a la fuerza y obligarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público del edificio de la municipalidad, en frente de una multitud, constituye violencia sexual.

- ii. La violación y la violencia sexual ciertamente constituyen la perpetración de daños corporales y mentales graves contra las víctimas y son una de las peores formas de infligir daño sobre la víctima, ya que la víctima sufre tanto daños físicos como mentales (párr. 731).

Con este análisis, el Tribunal se fundamenta en interpretación y adecuación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de las Naciones Unidas.

2.2 Caso Aydin Vs. Turquía

Este caso, fallado por la Corte europea de Derechos Humanos en 1997, comienza con la detención, maltrato y violación de la señora Şükran Aydin, el 29 de junio de 1993, en el marco del conflicto armado en Turquía, que confronta a las fuerzas de seguridad estatales con los miembros del partido de los trabajadores de Kurdistán (PKK).

De conformidad con los hechos probados, la señora Aydin fue retenida en su casa, junto con dos familiares. Luego, todos fueron trasladados a otra ciudad (Derrik) y de allí, llevados hasta un edificio oficial. En ese lugar fue separada de sus familiares y durante tres días fue interrogada sobre cuestiones relacionadas con el PKK. Ante su imposibilidad de brindar información fue objeto de varios actos que fueron catalogados por la Corte europea como violencia sexual, entre ellos, ser desnudada, puesta en un neumático y golpeada con chorros de agua fría mientras la hacían girar; obligada a caminar desnuda frente a otras personas; ser golpeada por un guarda durante una hora; violada por un militar. Además, en los días que duró su detención, estuvo con los ojos vendados.

En el presente caso, la *ratio decidendi* de la Corte europea puede subdividirse en dos categorías que vale la pena resaltar: a) la calificación jurídica de la

violencia sexual como tortura y b) los requisitos para que la investigación penal sea considerada como eficaz en casos de violencia sexual. Será, a partir de esta última categoría que, por vía jurisprudencial, aparece lo que posteriormente se convertirá en un protocolo o procedimiento para la atención de víctimas de violencia sexual. Las sub-reglas que se han identificado son las siguientes:

2.2.1 Sub-reglas

En este acápite se han identificado dos categorías jurídicas y extraído varias sub-reglas.

a) Calificación jurídica de la violencia sexual como tortura:

- i. “Una violación sexual constituye un acto de tortura por ser un maltrato inhumano intencionado que causa sufrimiento muy grave y cruel” (párr. 83).
- ii. La violación de una detenida por parte de un funcionario del Estado debe ser considerada como un tipo de violencia especialmente grave y aborrecible de maltrato dada la facilidad con la que el infractor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y la débil resistencia de sus víctimas (párr. 83)

b) Requisitos para una investigación penal eficaz:

- i. Cuando una persona tiene reclamo razonable de que él o ella han sido torturados por agentes del Estado, la noción de “reparación judicial eficaz” implica, además del pago de la indemnización cuando sea apropiado, una investigación minuciosa y eficaz que sea capaz de lograr la identificación y el castigo de los responsables y que incluya un acceso adecuado del reclamante al proceso de investigación (párr.103).
- ii. El requisito de una investigación minuciosa y eficaz en alegatos de violación bajo custodia por parte de oficiales del Estado también

implica que la víctima sea revisada, con la sensibilidad apropiada, por profesionales de la salud expertos en casos de violencia sexual e imparciales (párr.107)

El caso Aydin constituye un aporte importante para las jurisdicciones de las Naciones Unidas por dos razones, en principio, por ser uno de los primeros casos en los que empieza a debatirse sobre las circunstancias en las que la violencia sexual puede ser considerada tortura, argumentos que se encontrarán con un alcance mucho más específico y delimitado en el caso Akayesu, como ya se vio. En segundo lugar, porque el dictamen proferido por el Comité contra la tortura, provee una serie de pautas, procedimientos o protocolos que deben ser implementados por los Estados para la investigación eficaz de los casos de violencia sexual.

2.3 Caso penal Castro Castro contra Perú

Esta sentencia fue proferida por la Corte Interamericana en 2006 y se caracteriza por ser la primera vez que el tribunal interamericano dio aplicación a la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En esta sentencia se recogen varias sub-reglas jurídicas identificadas tanto en el caso Akayesu como Aydin Vs. Turquía, las cuales son asumidas como precedentes por la Corte IDH.

Los hechos probados en la sentencia hacen referencia al Operativo Mudanza 1, efectuado el 6 de mayo de 1992²¹ en el que el Gobierno decidió trasladar a las mujeres reclusas acusadas de terrorismo y traición a la patria, presuntamente pertenecientes a la organización Sendero Luminoso. Las reclusas estaban ubicadas en el pabellón 1 A del penal Castro Castro, en la cárcel de Chorrillos, exclusiva para mujeres. Según evaluó la Corte, la

21 Celebración día de la madre.

manera en la que ingresaron las fuerzas de seguridad a la institución penitenciaria evidenció más el interés de asesinar a las reclusas que de trasladarlas (párr. 402).-De conformidad con la sentencia, lo que ocurrió fue un ataque premeditado calificado jurídicamente como una serie de crímenes de lesa humanidad (párr. 402).

Dicho ataque comenzó aproximadamente a las cuatro de la mañana del 6 de mayo, cuando la Policía peruana derribó parte de la pared externa del patio del pabellón 1 A con el uso de explosivos. “Se produjeron tres detonaciones sucesivas. Simultáneamente, los efectivos policiales tomaron el control de los techos del penal abriendo boquetes en los mismos, desde los cuales realizaron disparos con armas de fuego” (párr. 197.20).

Según la sentencia:

los agentes estatales, policía y ejército utilizaron armas de guerra, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes en contra de los internos que, en un 90%, eran mujeres. Las balas y granadas utilizadas se fragmentaban al impactar contra las paredes, hiriendo a muchos internos e internas con esquirlas. En los techos y ventanas de los otros pabellones se encontraban francotiradores. (párr. 197.21)

“Entre las 9 y las 9:30 am, la policía introdujo granadas, bombas de gas de fósforo blanco y gases lacrimógenos en el pabellón 1” (párr. 197.22). De los hechos probados puede evidenciarse la brutalidad del ataque premeditado contra la población carcelaria que, en estas circunstancias, se encontraba en situación de especial vulnerabilidad.

Posteriormente al 9 de mayo, los sobrevivientes fueron obligados a permanecer boca abajo sobre la tierra por más de 18 horas, situación que fue difícil para las mujeres en estado de gestación (párr. 197.42). Luego, fueron

trasladadas al hospital de la Policía; sin embargo, las autoridades tuvieron un trato diferenciado entre hombres y mujeres, pues ellas

fueron desnudadas y obligadas a permanecer sin ropa casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, después de 15 días les dieron una bata al momento en que las iban a reubicar en el penal. En el hospital estuvieron rodeadas de las fuerzas de seguridad del Estado, quienes estaban armadas. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas tan solo por una sábana y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y les apuntaba con un arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (párr. 196.50).

“Una de las internas fue objeto de una inspección vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con brusquedad, bajo el pretexto de revisarla” (párr. 197.50). Estos actos, realizados de manera deliberada por el Estado peruano contra estas mujeres, fueron determinantes para la construcción de importantes argumentos que se citan a continuación en varias sub-reglas jurisprudenciales que se asocian con las siguientes categorías: a) la violencia sexual, b) la violación sexual, c) la trasgresión del derecho a la dignidad personal, d) la configuración de la tortura psicológica y e) algunos aspectos hermenéuticos.

2.3.1 Sub-reglas

La primera categoría identificada del análisis de este caso es a) violencia sexual y como sub-reglas se extraen las siguientes:

- i. “La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento” (párr. 306).
- ii. “La violencia sexual puede contener actos que ni siquiera impliquen el contacto físico, como la desnudez forzada mientras se es observada por otros” (párr. 306).

La segunda categoría continúa con la diferenciación promovida desde el caso Akayesu y se centra en b) violación sexual:

- i. la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse la comisión de actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u de otros objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril (párr. 310).²²
- ii. “Constituye violación sexual la inspección vaginal dactilar realizada por agentes estatales que, por sus efectos, deviene en tortura” (párr. 312).

En la siguiente categoría la Corte IDH argumenta el desconocimiento estatal de la obligación de respetar el derecho a la dignidad personal c) trasgresión del derecho a la dignidad personal y refiere que constituyen actos violatorios a este derecho:

- i. “la desnudez forzada” (párr. 306).
- ii. “la desatención de las necesidades fisiológicas de las mujeres en centros de detención causa sufrimiento especial y adicional [en referencia al sufrimiento ya referido de violencia sexual], así como la desatención de las necesidades básicas de salud pre natal y post natal” (párrs. 331-332).

La última categoría identificada en esta sentencia avanza en cuanto la dimensión psicológica del trauma producto de la violencia sexual: d) la configuración de la tortura psicológica, constituye sufrimiento psicológico adicional que se expresa en las siguientes sub-reglas extraídas de la sentencia:

22 Esta conclusión de la Corte retoma los argumentos del Tribunal penal internacional para Ruanda en el caso de Fiscal vs. Akayesu.

- i. La incomunicación de las reclusas. Los Estados tienen la obligación de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las madres por razones de maternidad (*sic*), lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo (párr. 329).

En último lugar, se propone una categoría que engloba algunos aspectos que dan pauta para la interpretación de los tres tratados que fueron invocados por la Corte IDH, por considerar que el Estado peruano había incumplido varias de las obligaciones internacionales allí contenidas, y que permiten reconstruir algunas sub-reglas.

e) Aspectos hermenéuticos

- i. Cuando un Estado ha ratificado la CADH y, además, la CBDP o la Cipst, tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo con lo establecido en la primera Convención, pero también conforme con las obligaciones específicas que le imponen las convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado como, por ejemplo, aquellas en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer (párr. 377).
- ii. Para cumplir con la obligación de investigar, una vez se tenga conocimiento del hecho, las autoridades estatales deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, observando lo dispuesto en el artículo 7.b, que le obliga a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer (párr. 378).
- iii. En casos de tortura y violencia contra la mujer, la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, reconocido en la CADH, se debe interpretar de manera sistemática con el artículo 7b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

la Violencia contra la Mujer²³ y su refuerzo en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁴ (párr. 344).

- iv. “La CBDP y la Cipst complementan la CADH y constituyen el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres” (párr. 276). Esta sub-regla hace referencia de manera específica al marco de protección que promueven los tratados.

En consecuencia, los “puntos nodales” identificados a partir del análisis del nicho citacional giran en torno a las categorías jurídicas reconstruidas de las sentencias hito analizadas y que se resumen en: i) violencia sexual, ii) violación sexual, iii) calificación jurídica de la violencia sexual como tortura y iv) los requisitos de la investigación penal considerada como eficaz en casos de violencia sexual, de hecho, porque las sentencias hito conservan el mismo patrón fáctico del caso de estudio en Fernández y otras contra México. De conformidad con las sentencias objeto de estudio, los litigios sobre violencia sexual en los que los Estados son demandados internacionalmente, violan obligaciones internacionales de respeto y garantía del principio de dignidad humana y protección a la honra, así como del derecho a la integridad personal, entre otros derechos.

El ejercicio hermenéutico de la Corte IDH permite evidenciar varias líneas jurisprudenciales que contienen escenarios posibles de responsabilidad internacional para el Estado cuando se trate de: i) contextos en los que la violencia sexual es perpetrada por agentes estatales y se configura la tortura (caso Fernando y Raquel Mejía vs. Perú, 1996; Informe anual de la CIDH, Informe No. 5/69, No. 10.970; caso Aydin vs. Turquía, 1997; caso Mucic

23 Disposición que obliga al Estado a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar dicha violencia.

24 El Estado se encuentra obligado a tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura, así como otros tratos o penas crueles inhumanas y degradantes, dentro de su jurisdicción.

et al. “Celebici Camp”, 1998; caso Kunarac et al. “Foča, 2001; caso penal Castro Castro vs. Perú, 2006; caso V.L. vs. Suiza, 2007; Fernández y otros vs. México, 2010), ii) contextos en los que la violencia sexual es perpetrada por terceros con la aquiescencia de agentes estatales y se configura la tortura (caso Akayesu, 1998), iii) contextos donde la violencia sexual es perpetrada en marcos de conflicto interno armado y se configura el crimen de genocidio (caso Akayesu, 1998), iv) contextos donde la violencia sexual es perpetrada en marcos de conflicto interno armado y se configura el crimen de lesa humanidad (caso Fernando y Raquel Mejía vs. Perú, 1996; caso Akayesu, 1998; caso Mucic et. al. “Celebici Camp”, 1998; caso Furundzija, 1998; caso Kunarac et al. “Foča, 2001; caso penal Castro Castro vs. Perú, 2006) y vi) contextos en los que la violencia sexual es perpetrada por terceros pero el Estado no cumplió con el deber de investigar (caso Aydin vs. Turquía, 1997; caso M.C. vs. Bulgaria, 2003; caso González y otras Campo algodónero vs. México, 2009; Fernández y otros vs. México, 2010).

Esta interpretación sistemática es realizada por la Corte IDH en el caso *Fernández y otras* cuando examina la violación al artículo 5° de la Convención americana, cuando integrar la Convención Belém do Pará con la Convención interamericana para sancionar y prevenir la tortura, lo que constituye la matriz jurídica de protección de las mujeres frente a la violencia sexual.

3. Discusión

De los hallazgos de esta investigación se han extraído o reconstruido varias sub-reglas que dan cuenta del criterio vigente de la jurisprudencia internacional en materia de violencia sexual contra la mujer y debe interpretarse como la configuración de un estándar internacional de protección para los derechos humanos de las mujeres y, en consecuencia, dicho estándar debe ser implementado por los operadores judiciales en sede interna.

Los parámetros identificados en las sub-reglas expuestas permiten identificar dos avances: de un lado, la identificación de los criterios jurídicos requeridos para calificar la violencia sexual como tortura y, de otro, el avance de la jurisprudencia internacional en materia del reconocimiento de la autonomía sexual y el consentimiento como elementos consustanciales al delito de violencia sexual.

De manera resumida se exponen a continuación los hallazgos de la investigación, que fueron formulados como preguntas en el acápite introductorio, para ilustrar con mayor claridad.

A la primera pregunta formulada: ¿cuáles son los criterios jurídicos requeridos para calificar la violencia sexual como tortura? Tanto la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes de las Naciones Unidas, como el Cipst de la OEA establecen que la tortura se configura cuando se presenten de manera acumulativa las siguientes circunstancias: i) se comete un acto que inflija sufrimientos físicos o mentales a una persona, ii) sea cometido intencionalmente por agentes estatales o por terceros con aquiescencia o instigación de los primeros y iii) tenga como finalidad obtener de la persona o de otro, información o una confesión, se use como medio intimidatorio, se inflija un castigo personal o se imponga como pena.

Sin embargo, en ninguno de los dos instrumentos citados se incluye la violencia sexual como medio de tortura, así que la inferencia para su configuración es una construcción jurisprudencial que ha sido reconstruida de las sentencias hito analizadas, por lo tanto y, en concordancia con lo ya expuesto, los criterios jurídicos requeridos para calificar la violencia sexual como tortura, son:

i) Una violación sexual constituye un acto de tortura por ser un maltrato inhumano intencionado que causa sufrimiento muy grave y cruel (caso

Aydin vs. Turquía, 1997), ii) cuando se considera si la violación ocasiona dolor y sufrimiento, no deben contemplarse sólo las consecuencias físicas, sino, también, las consecuencias psicológicas y sociales de la violación (caso Mucic et al. “Celebici Camp”, 1998), iii) la violación implica causar sufrimiento en un nivel suficiente de gravedad que permite que este tipo de maltrato se ubique en la categoría de tortura (caso Mucic et al. “Celebici Camp”, 1998), iv) la violación ocasiona sufrimiento y dolor graves, tanto de carácter físico como psicológico. El sufrimiento psicológico de los que han sido víctimas de violación puede exacerbarse por causa de condiciones sociales y culturales y puede ser especialmente agudo y duradero (caso Mucic et al. “Celebici Camp”, 1998), v) la violación es un método de tortura psicológica por cuanto tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino, también, a su familia o comunidad (Raquel Mejía vs. Perú, 1996), vi) la violación como acto de tortura debe cometerse intencionalmente con el objeto de castigar a la mujer personalmente y de intimidarla (Raquel Mejía vs. Perú, 1996), vii) la violación constituye tortura así consista en un solo hecho y fuera de instalaciones estatales, porque los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto (Fernández y otras vs. México, 2010), viii) es difícil concebir una circunstancia en la que la violación, cometida por un funcionario público o con instigación suya²⁵, o con su consentimiento o aquiescencia, pueda ocurrir con un propósito que no implique, de alguna manera, castigo, coerción, discriminación o intimidación (caso Mucic et al. “Celebici Camp”, 1998), ix) el abuso sexual por parte de la Policía constituye tortura a pesar de ser perpetrado fuera de los centros de detención formal (caso V.L. vs. Suiza, 2007), x) en los casos en los que la violación u otras formas de violencia sexual reúnen los criterios antes mencionados, deberán constituir delito de

25 Esta situación es inherente a las situaciones de conflictos armados.

tortura, al igual que cualquier otro acto que cumpla con los mismos criterios (caso Mucic et al. “Celebici Camp”, 1998).

El segundo interrogante planteado se refería al avance en la jurisprudencia internacional respecto de los elementos que tradicionalmente han sido consustanciales al delito de violación (resistencia a través de la fuerza física), y en consecuencia las preguntas formuladas son: ¿Hay violación de la autonomía sexual cuando el abuso es perpetrado sin resistencia física de la víctima? ¿La ausencia de consentimiento es un elemento consustancial al delito de violencia sexual? ¿Cómo se prueba la violencia sexual cuando la víctima no se resistió físicamente a la agresión?

Al igual que el anterior análisis, las respuestas son identificadas a partir del examen del nicho citacional graficado en el que la pesquisa consistió en el rastreo de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial y que se agrupan de la siguiente manera:

i) La falta de consentimiento, y no la fuerza física, es considerada el elemento que constituye el delito de violación²⁶, ii) en el derecho penal internacional, se ha reconocido recientemente que la fuerza no constituye un elemento de la violación y que aprovecharse de las circunstancias coactivas para llevar adelante un acto sexual también se puede penalizar (caso M.C. v. Bulgaria, 2003), iii) la tendencia universal es considerar la falta de consentimiento como el elemento esencial de la violación y el abuso sexual (caso M.C. v. Bulgaria,

26 Caso M.C. v. Bulgaria (2003). Es importante señalar que en las reglas de interpretación contenidas en los elementos de los crímenes —y que orientan la aplicación del derecho a la Corte Penal Internacional— la fuerza constituye aún uno de los elementos (artículo 7, 1) g)-1 crimen de lesa humanidad, violación). En este fallo contra el Estado búlgaro, se observa, por tanto, el alcance logrado vía jurisprudencia de la Corte europea. Falta esperar cuál será la posición de la jurisprudencia proferida por el nuevo tribunal cuando conozca un caso similar. Una primera hipótesis es que retomaría el precedente construido al respecto por la jurisprudencia internacional, ampliando el alcance del derecho sustantivo.

2003), vi) el elemento constitutivo de la violación sexual es la ausencia de consentimiento de la víctima (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), v) se viola la autonomía sexual en todos los casos en los que la persona sujeta al acto no ha acordado hacerlo, o no es un participante voluntario (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), vi) el *actus reus* del delito de violación está constituido por la penetración sexual, sin importar qué tan leve haya sido (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), vii) la *mens rea* es la intención de efectuar esa penetración sexual, y el conocimiento de que ocurre sin el consentimiento de la víctima (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), viii) la víctima debe dar su consentimiento para que se lleve a cabo el acto sexual de forma libre, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean el hecho (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), ix) la falta de consentimiento es un elemento del delito de violación (caso Kunarac et al. “Foča, 2001), x) la constante evolución del entendimiento de la forma en que las víctimas experimentan una violación demostró que las víctimas del abuso sexual -en especial las niñas menores de edad- por lo general no ponen resistencia física por varios factores psicológicos o porque temen que el perpetrador se ponga violento con ellas (caso M.C. vs. Bulgaria, 2003), xi) la violación sexual es un acto que vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada, porque supone una intromisión en la vida sexual y anula el derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quién tener relaciones sexuales y se pierde el control sobre las decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas de la víctima (Fernández y otros vs. México), xii) el desarrollo de las leyes y prácticas en esa área reflejan la evolución de las sociedades hacia una igualdad más eficaz y hacia el respeto por la autonomía sexual de cada individuo (caso M.C. vs. Bulgaria, 2003), xiii) cualquier enfoque limitado que sea utilizado para condenar los delitos sexuales, como requerir pruebas de resistencia física en todos los casos, puede llevar a que ciertos tipos de violación no sean penalizados y, por lo tanto, poner en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos (caso M.C. vs. Bulgaria, 2003), xiv) de acuerdo con los estándares actuales y las tendencias del derecho penal internacional deben requerir la penalización

y condena eficaz de cualquier acto sexual no consensuado, incluso, en la audiencia de resistencia física por parte de la víctima (caso M.C. vs. Bulgaria, 2003), xv) aunque sea difícil probar en la práctica la falta de consentimiento frente a la ausencia de pruebas “directas” de violación, como rastros de violencia o testigos directos, las autoridades, no obstante, deben explorar todos los hechos y decidir, con base en una evaluación de todas las circunstancias que rodean el hecho, xvi) tanto la investigación como las conclusiones que deriven de ella deben centrarse en el tema de la falta de consentimiento (caso M.C. vs. Bulgaria, 2003).

4. Conclusión

La práctica citacional de la Corte IDH se caracteriza por una citación técnica estrecha, puesto que las sentencias invocadas en su razón de la decisión en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, son directamente analógicas al litigio que allí se dirime, esto es, un caso de violencia sexual contra una mujer, perpetrada por agentes estatales.

Ahora bien, del análisis de la tipología de la citación empleada por el tribunal interamericano puede decirse que se identifica con citaciones analógicas externas, a lo que el profesor López nombra como el “precedente horizontal” (2006), es decir, cuando una Corte cita en su *ratio decidendi* la jurisprudencia de otras corporaciones del mismo nivel²⁷.

De conformidad con el análisis realizado, la Corte invocó nueve fallos de los cuales ocho eran de diferentes tribunales (Corte europea, Tribunal

27 Por su parte, el precedente vertical aduce al tipo de argumento que construye la Corte al citar tribunales con fuerza jerárquica, ejemplo de precedente vertical, la citación que realiza un tribunal de distrito judicial de la Corte Constitucional o Corte Suprema en su providencia.

penal internacional para Ruanda, Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia y un dictamen del Comité internacional contra la tortura) y sólo dos sentencias de las citadas fueron proveídas por la Corte IDH. Esta práctica configura una citación analógica estrecha, debido a que se está citando a ella misma, sólo aplicable para el llamado caso del penal Castro Castro, puesto que el litigio del Campo algodonero versa sobre hechos similares pero no idénticos. Es oportuno recordar que en este fallo, en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano, la violación y desaparición de las mujeres de Ciudad Juárez no fueron endilgadas a agentes estatales sino a particulares. No obstante, la Corte IDH retoma este fallo para indicar que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación.

También resulta interesante observar que el tribunal interamericano, en el momento de seleccionar los proveídos que fundamentaran la *ratio decidendi* en caso *Fernández Ortega y otras*, no discrimina entre tribunales penales internacionales y tribunales de derechos humanos. De hecho, simplemente emplea aquellos argumentos clarificadores ante la insuficiencia, oscuridad, invalidez o aparente silencio de las reglas positivas internacionales²⁸ a los problemas jurídicos en estudio.

Conviene señalar que en el caso *sub examine* el estilo de citación de la Corte IDH, tiene, además de la característica de compartir el mismo patrón fáctico (las llamadas citas analógicas), incorpora citas conceptuales; este tipo de citaciones “se diferencian de las fácticas porque en ellas no cuentan las analogías fácticas sino las conexiones temáticas o conceptuales” (López, 2006, p. 120), puesto que, tal como se desprende del análisis realizado, las definiciones integradas en el fallo fueron construidas vía jurisprudencial por los tribunales penales referidos, por ejemplo: violencia sexual, violación sexual, incluso, se incorpora un nuevo concepto de tortura.

28 Función de la jurisprudencia (Pastor, citado en Valencia, 2008, p. 385).

La Corte IDH hace uso del precedente judicial en la medida en que los llamados a los proveídos tienen como finalidad fundamentar su *ratio decidendi*. Incluso, se observa que las citas realizadas de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se ubican entre los párrafos 100 al 131 y 136 al 138 del caso *Fernández Ortega*. En otras palabras, las citas realizadas tienen “fuerza gravitacional” (López, 2006) sobre la decisión del caso en litigio, lo cual, a su vez, confirma la hipótesis planteada por señalar, de la mano de Valencia Restrepo, que la jurisprudencia es fuente formal general del derecho internacional.

De otro lado, puede concluirse que para la Corte IDH, la prueba testimonial tiene un peso relevante, toda vez que en el caso objeto de análisis, el Estado mexicano es condenado prácticamente con base en este tipo de pruebas –la denuncia de la demandante y los testimonios de sus familiares-. Desde luego, dentro de la actitud procesal asumida por el Estado, es menester recordar que el Estado no protegió el material probatorio y no desvirtuó la versión de los peticionarios. Sumado a lo anterior, debe enfatizarse que la importancia se desprende del tipo de caso que se litiga: hechos que denuncian violencia sexual, por las consideraciones específicas que conforman las sub-reglas que se identificaron en este estudio jurisprudencial.

La doctrina vigente de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los hechos de violencia sexual puede resumirse de la siguiente manera: i) la resistencia física no es consustancial al delito de violencia sexual, ii) se constata una evolución en la protección de los derechos humanos de la mujer, en razón de que, más que proteger la integridad física, se protege el derecho a la autonomía sexual, iii) cuando la violencia sexual sea cometida por agentes estatales o con su aquiescencia o por su instigación se calificará como tortura, iv) es posible que en los casos de violencia sexual la declaración de la víctima contenga imprecisiones en la narración.

Referencias

- Aydin vs. Turquía. (1997). Corte Europea de Derechos Humanos. Recuperado de <<http://www.echr.coe.int/>>
- Dudgeon vs. El Reino Unido. (1981). Corte Europea de Derechos Humanos. Recuperado de <<http://www.echr.coe.int/>>
- Fernández & otros contra México. (2010). Corte Interamericana. (Fondo, reparaciones y costas.). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf>
- Fiscal vs. Furundzija. (1998). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-95-17/1-T-). Recuperado de <<http://www.icty.org/>>
- Fiscal vs. Kunarac et al. Foča. (2001). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T-). Recuperado de <<http://www.icty.org/z>>
- Fiscal vs. Mucic et al. "Celebici Camp". (1998). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-96-21-T) Recuperado de <<http://www.icty.org/>>
- González y otras (Campo Algodonero) contra México. (2009). Corte Interamericana (Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas.) Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>
- López, D. (2006). *Módulo de Interpretación Constitucional*. (2ª Ed.). Bogotá: Unilibros.
- M.C. vs. Bulgaria. (2003). Corte Europea de Derechos Humanos. Recuperado de <<http://www.echr.coe.int/>>
- Mejía, R. vs. Perú. (1996). Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso No. 10.970 Informe No. 5/96). Recuperado de <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/calll.peru10.970.htm>>
- Penal Castro Castro vs. Perú. (2006). Corte Interamericana. (Fondo, reparaciones y costas). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>
- Rubyn, G. (1998). *El Tráfico de mujeres*. En ¿Qué son los estudios de mujeres? Navarro, M. & Stimson, C. (Compiladoras). Argentina: FCE.
- Tribunal Penal Internacional. (1998). Ruanda. Sentencia Fiscal contra Akayesu. No. ICTR-96-4-T. Recuperado de <<http://www.unict.org/tabid/128/Default.aspx?id=18&mnid=4>>
- V.L. vs. Suiza. (2007). Comité Internacional contra la Tortura. Recuperado de <<http://www.unhcr.org/refworld/type,CASELAW,CAT,CHE,,0.html>>
- Valencia, H. (2008). *Derecho Internacional Público*. (3ª Ed.). Medellín: Comilibros.