



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

**LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA DE
NACIONES UNIDAS Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO.
IMPLEMENTACION EN ARGENTINA Y EN LA
PROVINCIA DE MENDOZA.**

Tesista: **Fabrizio Imparado** Director: **Enrique Andrés Font**

Mendoza, año 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRIA

**LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA DE
NACIONES UNIDAS Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO.
IMPLEMENTACIÓN EN ARGENTINA Y EN LA
PROVINCIA DE MENDOZA.**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: **Fabrizio Imparado** Director: **Enrique Andrés Font**

Mendoza, año 2021

“Quien ha sido torturado lo sigue estando. Quien ha sufrido el tormento no podrá ya encontrar un lugar en el mundo, la maldición de la impotencia no se extingue jamás. La fe en la humanidad, tambaleante ya con la primera bofetada demolida por la tortura luego, no se recupera jamás.”

Jean Améry, filósofo austriaco torturado por la Gestapo y deportado a Auschwitz
“Los hundidos y los salvados”, Primo Levi, 1989

Índice

ABREVIATURAS:.....	5
Parte I.- INTRODUCCIÓN:.....	6
Parte II.- DESARROLLO:	10
CAPÍTULO 1: Los instrumentos internacionales contra la tortura.....	10
1.1) Algunas notas del derecho de los tratados.	11
1.1.a) Los tratados internacionales:.....	11
1.1.b) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y sus principios fundamentales:	14
1.2) La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.	19
1.2.a) La conceptualización de tortura	21
1.2.b) Obligaciones que nacen de la CCT.....	31
1.2.c) El Comité contra la Tortura	36
1.2.d) Otros aspectos destacables de la CCT	39
1.3) El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.	43
1.3.a) Los Principios Generales del Protocolo.....	51
1.3.b) El nuevo órgano: El Subcomité para la Prevención de la Tortura.	57
1.3.c) Los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura.	61
1.3.d) Aspectos particulares del Protocolo.	66
1.4) Las obligaciones esenciales que nacen de ambos instrumentos	69
1.4.a) La configuración del delito de torturas.....	69
1.4.b) La creación de Mecanismos Nacionales de Prevención.	72
CAPÍTULO 2: La implementación de la CCT y el Protocolo Facultativo en Argentina.....	79
2.1) La incorporación de los tratados al derecho interno.	80

2.2) El delito de torturas en el Código Penal argentino.....	85
2.2.a) Breve reseña histórica.	85
2.2.b) Aspectos técnicos del delito de torturas.	90
2.3) El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura (Ley 26.827).	113
2.4) Los Mecanismos Locales de Prevención en Argentina.	129
CAPÍTULO 3: La Comisión Provincial de Prevención de la Tortura de Mendoza.	146
3.1) Antecedentes. El caso de las penitenciarías de Mendoza.....	147
3.2) La Ley 8.284 y la observancia de los estándares.	153
3.3) Una reforma regresiva.	165
Parte III.- CONCLUSIONES:	173
BIBLIOGRAFÍA:.....	177
ANEXOS:	180
Anexo I: Matriz de evaluación de MNP para Estados Parte.	181
Anexo II: Matriz para Evaluación de MNP.	186

ABREVIATURAS:

- ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- APT: Asociación para la Prevención de la Tortura.
- CAT: Comité de Prevención de la Tortura.
- CCT: Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas.
- CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CPPT: Comisión Provincial de Prevención de la Tortura.
- INDH: Institución Nacional de Derechos Humanos.
- MLP: Mecanismo/s Local/es de Prevención de la Tortura.
- MNP: Mecanismo/s Nacional/es de Prevención de la Tortura.
- ONG: Organización no gubernamental.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- OPCAT: Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas.
- OSC: Organización de la sociedad civil.
- SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- SPT: Subcomité de Prevención de la Tortura.

Parte I.- INTRODUCCIÓN:

Si de violaciones a los derechos humanos hablamos, encontramos en la tortura uno de los exponentes más aberrantes. Con su consumación se afecta principalmente la dignidad de la persona, que sufre la degradación del cuerpo y mente en forma irreparable. La tortura, asimismo, tiene efectos que se transfieren a las familias de las víctimas y su entorno social y, en paralelo, posee la virtualidad de poner en crisis los cimientos de la democracia y las reglas de convivencia humana.

La tortura reconoce una existencia que se pierde en la historia de la humanidad y si bien su prohibición se encuentra contemplada en un sinnúmero de convenciones internacionales de carácter universal¹ y regional² y –desde hace varias décadas– la doctrina internacional es pacífica en considerarla como una regla del *ius cogens*, lo cierto es que el fenómeno dista mucho de encontrarse perimido, mostrando un preocupante vigor y vigencia en la actualidad.

En nuestro país, la práctica de la tortura no se limita ni debe asociarse en forma exclusiva a las personas investigadas o condenadas por delitos de lesa humanidad, ni se inició en la década de 1970, sino que se trata de una práctica tristemente enraizada en nuestra historia e instituciones vinculadas a la seguridad, al encarcelamiento y el control social. Por ello, al día de hoy la práctica de la tortura se presenta en personas privadas

¹ Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 (Artículo 3), podemos citar el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (Artículo 7), los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de conflictos armados de 1949 (Artículos 3, 1(a) y 3,1(c) común a todos los Convenios de Ginebra; la Convención sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra de 1949 (artículo 147), la Convención sobre las condiciones de los heridos en el terreno (artículos 49-51), la Convención sobre los heridos en el mar (artículos 51-53); la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas de 1984, la Convención relativa a los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 (Artículos 37 y 39).

² En el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Artículo 5), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; en el ámbito europeo, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Artículo 3), el Acta Final de Helsinki de 1975 (Principio VII), la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de Penas o Tratamientos Inhumanos o Degradantes de 1987, así como sus Protocolos 1 y 2 de 1993; en el marco africano, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Artículo 5).

de libertad –aprehendidas, demoradas, detenidas, procesadas o con condena– en comisarías y establecimientos carcelarios a lo largo y ancho del territorio nacional, pero también en cualquier lugar en donde la persona no pueda, por obra y gracia del monopolio del uso de la fuerza estatal, disponer de su libertad ambulatoria.

Es a raíz del nutrido marco normativo existente que la prohibición absoluta de la tortura constituye una obligación internacional que pesa sobre cualquier funcionario del Estado, independientemente de que éste haya o no ratificado convenios de derechos humanos y pondremos nuestro esfuerzo en ahondar sobre el significado real de tal prohibición, y las estrategias internacionales para contribuir a su erradicación.

En ese orden de ideas, el presente trabajo tiene por finalidad el análisis de los efectos específicos de la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando como objeto de estudio y centrando el abordaje a un circunscripto ámbito de interés de la Organización de las Naciones Unidas, puesto en valor mediante una selección de las normas de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (en adelante Convención, CCT o CAT³) y su Protocolo Facultativo (en adelante Protocolo, PF u OPCAT⁴).

Se intentará, en consecuencia, dilucidar si el Estado Nacional y el Estado provincial, han cumplido las disposiciones más relevantes⁵ de ambos tratados –uno de ellos con jerarquía constitucional–, considerados novedosos en cuanto al sistema de obligaciones que impone a sus firmantes.

Anticipándonos a una respuesta negativa al planteo anterior –al menos en forma parcial–, pondremos nuestros esfuerzos en identificar las falencias en la implementación de la CCT y el Protocolo.

³ La sigla, correspondiente al nombre del instrumento en idioma inglés “Convention Against Torture”, es la forma más común e inequívoca de simplificar su mención en el ámbito internacional.

⁴ Obedece a su denominación en idioma inglés “Optional Protocol of the Convention Against Torture” con el que internacionalmente es más reconocido.

⁵ El estudio se circunscribirá a las obligaciones de cumplimiento indispensable a los fines de ambos tratados. Adelantando tal intento, nos referimos a la regulación legal del delito de tortura y la implementación del sistema de mecanismos de prevención de la tortura.

La factibilidad del estudio de la temática se presenta ante la certeza y fuerza normativa de los instrumentos en análisis, la CCT y su Protocolo Facultativo, además del trabajo desarrollado por los órganos de tratado surgidos de ellos: el Comité Contra la Tortura y el Subcomité de Prevención de la Tortura. Ello, sumado a las normas relacionadas a la temática en vigencia en la Argentina y en las provincias, genera una interesante base de estudio y análisis comparativo, facilitando la obtención de los resultados y objetivos propuestos.

Así, en el primer capítulo se buscará indagar sobre la naturaleza de las obligaciones emergentes a partir de la ratificación de los tratados internacionales, en general, tomando como base los principios del derecho internacional; asimismo estudiaremos las obligaciones que nacen en cabeza de los Estados que han ratificado la Convención contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas y su Protocolo Opcional, en particular. En este contexto, se abordarán las diferentes disposiciones que contienen ambos instrumentos, diferenciando las cuestiones atinentes a la creación de los órganos de tratado y las que hacen nacer en los Estados obligaciones específicas en resguardo de derechos humanos.

En el segundo capítulo, y ya centrados en el caso de Argentina, nuestra investigación se concentrará en determinar el grado de cumplimiento, o no, de aquellas disposiciones consideradas más relevantes en cabeza del Estado Nacional y, teniendo en cuenta la estructura federal del país, los esfuerzos irán dirigidos a analizar la implementación en las provincias a través de los llamados mecanismos locales de prevención de la tortura.

En el tercer capítulo, nos referiremos a los antecedentes del mecanismo local de Mendoza, a su creación y situación actual luego de una reforma legislativa que desnaturalizó seriamente su composición en forma directa, y a su mandato en forma indirecta.

Lo que intentaremos acreditar, en alguna medida, es que la mera ratificación de instrumentos internacionales con contenido específico, como lo son la CCT y su Protocolo, no se traduce en un cumplimiento de sus disposiciones, sino todo lo contrario. La ratificación supone una serie de compromisos a las que los Estados Parte se obligan de buena fe ante la comunidad internacional a fin resolver, enfrentar y

prevenir diferentes situaciones vinculadas al respeto de los derechos humanos. En el caso concreto debemos adelantar, en primer término, que la tipificación penal del delito de torturas no resulta suficiente, ya que debe hacerse conforme al mandato convencional, y, en segundo lugar, la creación formal de órganos con funciones y facultades de monitoreo sin observar los demás estándares no representa el verdadero espíritu de un sistema pensado en la prevención de la tortura.

Finalmente diremos que el estudio se centrará en los aspectos constitutivos de los tratados, los que principalmente resultan de carácter legislativo, omitiendo factores de la operativa, procedimentales o funcionales que también, y con igual relevancia, surgen de los textos internacionales.

Parte II.- DESARROLLO:

CAPÍTULO 1: Los instrumentos internacionales contra la tortura.

En este Capítulo inicial, analizaremos algunos de los principios del derecho internacional que faciliten la comprensión básica de las obligaciones que nacen en cabeza de los Estados Parte de un tratado. Acto seguido, realizaremos un pormenorizado estudio de los componentes de las dos convenciones universales que abordan la tortura como eje central.

1.1) Algunas notas del derecho de los tratados.

1.1.a) Los tratados internacionales:

Cuando dos o más personas físicas, partes o intervinientes se ponen de acuerdo en la realización de un acto jurídico en el ámbito privado, partimos de la base que éste va a ser cumplido. También presumimos que las partes han acordado su contenido y se han sometido al mismo de forma voluntaria. Se trata pues, ni más ni menos, que de un acuerdo de voluntades en relación a determinadas relaciones y efectos jurídicos. Es en la buena fe, sumado a herramientas de cumplimiento compulsivo del contrato o relación que se establezca, así como en las reglas generales de la responsabilidad por su incumplimiento, en donde descansa la idea de algún nivel de seguridad o confianza jurídica. En pocas palabras, las partes se convierten en garantes de su firma y compromiso, asumiendo las consecuencias de su inobservancia.

En el caso de los tratados internacionales y los sujetos del derecho internacional la cuestión no difiere demasiado en esencia; se trata también de acuerdos de voluntades con objetivos determinados. No obstante, además de las características específicas de los tratados que analizaremos más adelante, existen en principio factores de distinción con una relación o contrato privado. Sin intentar agotar el tema y a modo de ejemplos, podríamos indicar que los textos de los instrumentos no siempre son elaborados por los representantes de los Estados que se ven involucrados en su firma y que, en algunos supuestos, revisten un formato similar al de adhesión. Esto se configura con el mecanismo de ratificación e incorporación al derecho interno que más adelante veremos. A ello debemos agregar que no todos los tratados contienen un sistema de ejecución o cumplimiento forzoso específico como los contratos.

Lo relevante en todos los casos es que el contenido de la relación jurídica que nace con el instrumento sea suficiente y perfectamente claro y concreto para las partes, por lo que en cuanto a los aspectos que aquí más interesan, esto es la naturaleza de las obligaciones

que nacen en cabeza de los Estados y, –en menor medida– las reglas que se disponen para su ejecución o determinación de la responsabilidad internacional para el renuente, debemos previamente establecer una base mínima respecto a lo que entendemos que es un tratado internacional y el conjunto de reglas con las que se rige.

Si bien la doctrina se ha esforzado por encontrar definiciones, traemos a consideración el trabajo del jurista Julio Barberis⁶ que en su publicación “El Concepto de Tratado Internacional”⁷ analiza los tratados como fuente de derecho internacional y, ante la diversidad, objetivos y matices de los mismos, se centra en definir sus características comunes en la búsqueda de un tipo de regla de reconocimiento referente a los tratados en el orden internacional, de acuerdo a la teoría de Hart^{8 9}.

Barberis identifica las siguientes características, no sin antes indicar que hacen mayormente referencia a la forma en la que han sido creados los tratados, más no en profundidad a su contenido que, como veremos más adelante, puede resultar de lo más variado:

- *Manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente*¹⁰: en este primer elemento se pone de manifiesto la necesaria capacidad del sujeto para la celebración del convenio ya que no siempre se presenta, aun cuando se trata de un sujeto de derecho internacional. Como ejemplos de no concurrencia de esa capacidad, podemos señalar los acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales de la sociedad civil, o cuando se trata de Gobiernos que

⁶ La cita de su trabajo no es caprichosa, ya que obedece fundamentalmente a dos razones que hacen al objeto del presente trabajo: su nacionalidad argentina, por un lado, y la contemporaneidad del escrito con la discusión y, finalmente, aprobación del texto de la Convención contra la Tortura, por el otro.

⁷ BARBERIS, Julio A. El concepto de Tratado Internacional. *Anuario de derecho internacional*. VI, 3-28. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. 1982 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r16461.pdf>

⁸ HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. Pp. viii, 263. 21s.

⁹ Para Hart, en el derecho existen reglas primarias que determinan conductas humanas como prohibidas y obligatorias. Como complemento de estas reglas existen, entre otras, las reglas de reconocimiento que tienen la virtualidad de facilitar criterios para identificar como tales a las primarias, como por ejemplo la aprobación legislativa de una norma, o su cumplimiento por un período extenso.

¹⁰ BARBERIS, Julio A., Op.cit., p.14.

actúan por sí y no en representación de los Estados. Finalmente, también hace mención al número de sujetos, dos o más.

- *Manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho en un ordenamiento jurídico*¹¹: característica que supone indicar elementos del contenido del acuerdo que, para ser tal, debe tender a producir una modificación jurídica respecto de la situación existente, lo que ocurre cuando se determina una conducta como prohibida, cuando se crea una obligación o competencia, o cuando se precisa o define un derecho o una conducta. En pocas palabras, el contenido del tratado debe, necesariamente, contener prescripciones –y no meras cláusulas potestativas para los sujetos– o definiciones¹² –proposiciones definatorias–. Un aspecto o derivación de lo anterior, nos lleva a conocer que si bien los tratados establecen reglas de derecho en el orden internacional, los Estados quedan obligados o se valen de los mismos para establecer reglas de derecho en los órdenes jurídicos internos.

- *Manifestación de voluntad regida directamente por el derecho internacional*¹³: este elemento permite distinguir al tratado internacional de otros acuerdos suscritos por sujetos con capacidad –conforme la primera característica–, pero que se rigen por otros ordenamientos jurídicos¹⁴, como por ejemplo el derecho de un país determinado. Incluso podrían regirse por el derecho de gentes, pero sólo en forma subsidiaria, lo que evadiría el trato “directo” de éste.

Como surge evidente de las tres características, se trata siempre de una exteriorización de la voluntad en el caso concreto y no del acto psíquico de querer. Esta manifestación se puede dar de diversas maneras e implica el acto común con la/s otra/s parte/s que convienen el mismo contenido u objeto.

¹¹ BARBERIS, Julio A., Op.cit., p.18.

¹² Como veremos que ocurre con la Convención contra la Tortura, en cuyo primer artículo se incorpora una definición del término tortura, o la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que hace lo propio en el Art. 2º.

¹³ BARBERIS, Julio A., Op.cit., p.24.

¹⁴ Con el resguardo de que dicho ordenamiento no resulte contrario al *jus cogens*, ya que éste impide que los Estados deroguen sus normas mediante un tratado.

En definitiva, podemos decir que un tratado internacional es un acuerdo celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y otros sujetos de derecho internacional –como las organizaciones internacionales–, regido por el derecho internacional y que genera obligaciones para las partes signatarias. Como puede resultar innegable, no se trata de la única caracterización que podemos encontrar al respecto pero resulta suficiente para avanzar en el desarrollo del tema de nuestro interés, donde intentaremos establecer un marco normativo internacional en el cual sostener gran parte del análisis que seguiremos a lo largo de los capítulos, siendo indispensable mencionar –al menos de una forma superficial– algunas notas del denominado derecho de los tratados.

1.1.b) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y sus principios fundamentales:

El 23 de mayo de 2019 se celebró el quincuagésimo aniversario de la adopción y apertura a la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵. La Convención fue redactada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, órgano especializado creado en el año 1947 encargado del estudio de la codificación progresiva de las normas de derecho internacional cuyo su mandato específico fue codificar las normas consuetudinarias de los tratados en vigencia y establecer una base jurídica en materia de suscripción de instrumentos entre los Estados. Casi veinte años después, el esfuerzo se concretó el 23 de mayo de 1969, quedando a partir de allí adoptado el texto y abierto para la firma, entrando en vigor con el depósito del trigésimo quinto instrumento de ratificación, el 27 de enero de 1980. Resulta notable el esfuerzo y tiempo que llevó a los Estados sumarse a la iniciativa, pero en la actualidad, del total de ciento noventa y tres países que son miembros de Naciones Unidas, ciento dieciséis Estados la han ratificado.

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Suscripta en Viena, el 23 de mayo de 1969 y entrada en vigencia el 27 de enero de 1980. Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Tal como se propuso inicialmente, el texto aprobado con sus ochenta y cinco artículos y un anexo, contiene la codificación de la costumbre y de la práctica internacional, constituyendo los cimientos sobre los cuales se produjo el desarrollo del derecho y del orden institucional internacional. La importancia de la Convención también radica en las nuevas prácticas y el perfeccionamiento de los procedimientos en el campo del derecho de los tratados que tuvieron lugar a partir de su adopción¹⁶.

Si bien sería un sinsentido intentar en estas páginas realizar un análisis de la Convención de Viena, pondremos en valor algunas de sus disposiciones que hacen a nuestro foco de atención¹⁷, como su artículo 2° inciso a, que contiene la caracterización de tratado: "... un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;..." Las convenciones, convenios, pactos, etc., desde el punto de vista del derecho internacional son considerados siempre como tratados, independientemente de la terminología empleada, y se entienden como fuentes tanto del derecho como de derechos.

Además de esta definición, la Convención de Viena se integra por las normas y principios de *ius cogens*, *rebús sic stantibus* y *res inter alias acta*, destacando a efectos de nuestro abordaje el *pacta sunt servanda*.

Cabe, entonces, avanzar hacia la determinación de la obligatoriedad de las normas que contiene una convención internacional y –sin ánimo de agotar una temática que es ajena al presente trabajo– podemos decir que el denominado derecho de los tratados y los principios básicos del derecho internacional actualmente en vigencia, todo Estado está obligado al pleno cumplimiento de buena fe de sus compromisos voluntariamente

¹⁶ Intervención del Representante Permanente de la República Argentina, Embajador Martín García Moritán, 23 de mayo de 2019, en el marco del 50° aniversario de la adopción y apertura a la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los eventos organizados los días 23 y 24 de mayo de 2019 por las Misiones Permanente de Canadá y Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York.

¹⁷ Solo por tratar de explicar el desafío que esa tarea implicaría, cabe ilustrar con las más de mil trescientas páginas del libro "Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary" (editado por Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach), que tal vez sea la mejor obra publicada en la materia, en la cual participan más de diez autores. Y es únicamente un "Commentary" o compendio de comentarios respecto de sus normas.

asumidos al momento de ratificar un tratado. Según lo expresara Hans Kelsen¹⁸ “Existe una norma de derecho internacional que ordena a los Estados respetar los tratados celebrados por ellos: la norma *pacta sunt servanda*”, expresión latina que significa que lo pactado obliga, debe ser cumplido.

Este principio general del derecho internacional, de origen consuetudinario, ha sido receptado en el artículo 26 de la Convención de Viena, de la cual Argentina es un Estado Parte, en los siguientes términos: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”. No resulta ocioso destacar la ubicación de esta norma en la estructura de la Convención –por demás explícita de su relevancia–, ya que nos encontramos en la tercera parte de la misma, denominada “Observancia, aplicación e interpretación de los tratados”, cuya primera Sección (“Observancia de los tratados”), se complementa con el artículo 27 que dispone “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. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

El principio de buena fe internacional en el que se sustenta el *pacta sunt servanda*, “actúa como puente entre distintos ordenamientos jurídicos por su naturaleza y carácter amorfo y su base en valores éticos-morales universales derivados del derecho privado romano (...) El principio de buena fe significa honestidad, lealtad y razonabilidad entre rivales en el derecho contractual y soberanos en el derecho internacional. Este enfoque realista hace que la buena fe sea fundamental para el derecho internacional contemporáneo, al tiempo que establece el estándar de comportamiento necesario para respetar los derechos humanos y los valores fundamentales. La importancia actual de la buena fe en el derecho internacional se puede observar mejor en el derecho de los tratados internacionales. La buena fe romana es el origen del principio de derecho

¹⁸ KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 406.

internacional *pacta sunt servanda*, que existe por naturaleza en el alma de todo tratado internacional.”¹⁹

Como consecuencia de esta obligación, el Estado es sujeto pasivo de responsabilidad internacional en caso de violación de un tratado y, entendida como regla, ha sido consistentemente reafirmada en numerosas sentencias de tribunales internacionales²⁰. Su contenido se complementa con otros principios que conforman un todo en materia de tratados. A modo de ejemplo, las normas de la Convención de Viena que se refieren al derecho interno y la observancia de los tratados en su artículo 27²¹, regla que resulta integrada de un modo satisfactorio con lo dispuesto en el Art. 31 inciso 1²² sobre la forma de interpretar un tratado, y en el Art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ (en adelante CADH) al indicar que, ante un conflicto de preeminencia entre disposiciones de derecho interno e internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos, debe elegirse aquella interpretación que amplíe y no restrinja el goce de los derechos garantizados en la Convención.

Como anticipamos, otro de los principios pilares de la Convención de Viena es el “*jus cogens*”, o regla de la norma imperativa de derecho internacional general definida en el Artículo 53 como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga

19 Uçaryılmaz, Talya. 2020. «El Principio De Buena Fe En El Derecho Internacional Público». Estudios De Deusto 68 (1), 43-59. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp43-59](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp43-59).

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 35-37. Citado en el dictamen *amicus curiae* que CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Human Rights Watch presentaron a la Cámara Federal sobre la obligación del estado argentino de cumplir los acuerdos internacionales de derechos humanos, especialmente sobre la incompatibilidad de estos acuerdos con las leyes de "Obediencia Debida" y "Punto Final". Enero de 1996. Disponible en <http://www.derechos.org/ddhh/cejil/acuerdo.html>

²¹ 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. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

²² 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

²³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

el mismo carácter”. En otras palabras, los Estados no pueden bajo ninguna circunstancia desconocer este tipo de obligaciones. En la jurisprudencia internacional, y ya respecto del tema que nos convoca, podemos citar la decisión del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso del Fiscal contra Anto Furundzija, IT-95-17/1-T, del 10 de Diciembre de 1998²⁴, que consolida los efectos jurídicos de la prohibición de la tortura como norma de *jus cogens* y sienta las bases para el ejercicio de la jurisdicción universal sobre actos de tortura, descartando la aplicabilidad de disposiciones de prescripción y de leyes de amnistía²⁵.

Llegados a este punto, con el previo breve paso por algunos de los principios y lógicas del derecho internacional y los tratados, en general, podemos avanzar en los instrumentos que hacen al foco de interés del presente trabajo.

²⁴ Disponible en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>

²⁵ Véase al respecto SEIDERMAN Ian, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, School of Human Rights Research, Hart Publishing, 2000, pp. 55-59, 92- 93, 109-119 y Amnesty International, *Combating Torture: a Manual for Action*, Londres, Amnesty International Publications, 2003, pp. 65-66.

1.2) La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

De acuerdo a las notas previamente observadas, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” es un tratado internacional abierto, multilateral, de carácter humanitario y del tipo tratado-ley, cuyo desarrollo es conveniente analizarlo a la luz de la realidad socio-política y el contexto internacional en el que se redactaron sus normas, ya que su discusión, redacción y posterior aprobación y disposición para la firma de los Estados, coincidió con la decadencia y caída de los regímenes autoritarios y dictaduras alrededor del mundo, y contaba con el impulso propio de los antecedentes cercanos del horror, cuando la tortura se utilizó como herramienta del terrorismo de Estado. La campaña mundial para la erradicación de la tortura iniciada por Amnistía Internacional en 1972 influyó notablemente sobre la opinión pública internacional, así como la publicación, en ese mismo año, del primer informe sobre la tortura en el mundo, aspectos que en su conjunto contribuyen a vislumbrar la gran adhesión e impulso que mostró el instrumento, sobre todo en sus primeros momentos.

Representa uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos –en general– y contra la tortura –en particular– y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984²⁶, entrando en vigor el 26 de junio de 1987, al mes siguiente de haber sido alcanzado el número de veinte (20) ratificaciones necesarias, de acuerdo a su artículo 27.

Entre sus antecedentes inmediatos encontramos la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975²⁷, cuya finalidad –a su vez– fue desarrollar el artículo 5° de la Declaración

²⁶ Resolución 39/46 de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984, en el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁷ Resolución 3452 XXX de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Universal de los Derechos Humanos de 1948 sobre la tortura²⁸. Asimismo, en forma previa, encontramos el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 -Resolución 2200 A (XXI)-, que entró en vigor el 25 de marzo de 1976, cuyo texto dice: “Nadie será sometido a tortura o a trato o castigo cruel, inhumano o degradante. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentación médica o científica”.

La Convención es uno de los pactos sobre derechos humanos más ampliamente ratificados, contando en la actualidad con ciento setenta y un (171) Estados parte de la misma²⁹, siendo San Cristóbal y Nieves el último país en ratificarla, el 21 de septiembre de 2020.

La CCT se estructura en tres partes, tras un preámbulo de cinco párrafos. En éste, se pone de manifiesto el reconocimiento de los derechos de las personas, los cuales emanan de la dignidad inherente al ser humano. Se recuerda, asimismo, la obligación en cabeza de los Estados de promover el respeto universal y observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal como surge de la Carta de Naciones Unidas³⁰ en su Art. 55³¹. Así, la primera parte comprende las disposiciones sustantivas (Artículos 1-16); la segunda parte regula la creación y competencias del Comité contra la Tortura (Artículos 17 a 24); finalmente la tercera parte estipula lo concerniente a su ratificación y entrada en vigor (Arts. 25 a 33).

Nuestro interés se centra en la primera parte, que contiene los aspectos medulares del instrumento incluidas las principales obligaciones en cabeza de los Estados, la

²⁸ Nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

²⁹ A nivel global tan sólo 21 Estados no han ratificado, firmado o adherido a la CCT.

³⁰ Del 26 de junio 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, de conformidad con su artículo 110.

³¹ Artículo 55: Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

disposición de jurisdicción penal universal respecto al delito de torturas y la asunción del principio de extradición *aut dedere aut punire* (o extraditar, o juzgar).

1.2.a) La conceptualización de tortura

La conceptualización de un término como la tortura –y ello en el propio texto del tratado– se presenta no sólo como un elemento de gran utilidad para la identificación del objeto de prohibición del mismo, sino que también cumple un rol de garantía, minimizando las posibilidades de interpretaciones que dejen por fuera de su marco regulatorio casos y situaciones. Así es que, como anticipamos, la Convención incluye elementos descriptivos y de tal relevancia, que su artículo 1° contiene lo que se considera una de las más completas definiciones de tortura como generadora de responsabilidad internacional. El primer apartado dispone:

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

A su vez, el segundo y último inciso contiene una sustancial aclaración en los siguientes términos:

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

De la norma en análisis podemos apreciar, que la CCT efectúa una descripción de tortura mediante la indicación de sus elementos constitutivos, de entre los cuales podríamos resaltar: la intencionalidad, la gravedad del dolor o sufrimiento, que el padecimiento puede ser tanto físico como mental y que, de acuerdo a esta concepción, la tortura posee un móvil o finalidad. Finalmente, y no menos relevante, la necesaria participación –directa o indirecta– de un funcionario público.

Desde ya debemos advertir que si bien la CCT pone de manifiesto elementos de importancia, también es cierto que sus términos resultan de alguna manera imprecisos, máxime teniendo en cuenta que la Convención también trata los llamados “malos tratos” que nunca define ni caracteriza. En ese orden de ideas, la *gravedad* –necesaria para la configuración de la tortura– no se especifica en ningún apartado del instrumento, siendo que su determinación podría estar anclada en una vivencia subjetiva, podría depender de la sensibilidad individual, construcciones culturales, sociales e históricas.

La Convención no enuncia de manera exhaustiva cuáles son los actos suficientemente dañosos como para satisfacer el umbral que subyace a la tortura y ello se debe a que la gravedad del acto debe analizarse a la luz del contexto en el que se produjo y del impacto que tuvo en la víctima, ya que sería imposible enunciar de manera exhaustiva todas las formas posibles de tortura; Esto es necesario interiorizarlo habida cuenta que, infelizmente, continúan surgiendo nuevas formas y prácticas de maltratos y violencia institucional conducentes a la tortura y destinadas al perfeccionamiento de las técnicas de tormento –sobre todo psíquico– a fin de no dejar rastros físicos de su perpetración.

De igual forma, y como una crítica frecuente a la CCT, la enumeración de finalidades en la perpetración lleva a confusión si, erróneamente, se la entiende como un listado cerrado y no meramente enunciativo, como resulta lógico.

Estos elementos que presentan dificultades naturales de implementación toman mayor relevancia al analizar la figura a la luz del derecho penal interno de los Estados, más

cuando existe la obligación –por imperio de la misma CCT en su artículo 4³²– de castigar los actos de tortura conforme los términos de la Convención, y el mayor alcance que podría tener una disposición local que los contenga³³, lo que nos lleva a buscar mayores precisiones ante la necesidad de contar con un estándar o base mínima de análisis en un tema de tanta relevancia, y para ello echaremos mano a otros instrumentos y a decisiones de tribunales internacionales.

En concordancia con lo dispuesto en el segundo apartado del Art. 1 de la CCT, el artículo 2° de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura³⁴ (CIPST - Organización de los Estados Americanos – ratificada por Argentina en 1988), nos brinda una nueva definición:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Del texto del instrumento americano, en contraste con el universal, podemos apreciar que se extrae o minimiza el elemento subjetivo de la finalidad con la que se realizan los actos de tormento, ya que “cualquier otro fin” tenido en cuenta por el perpetrador será

³² Artículo 4: 1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

³³ Tal como se indica en el segundo apartado del Artículo 1°.

³⁴ Adoptado en Cartagena de Indias, Colombia, el 12/09/85 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones. Entrada en vigor el 02/28/87, conforme al artículo 22 de la Convención.

igualmente considerado –lo que a nuestro criterio resulta acertado–. En esta redacción queda entendido, con técnica legislativa que en la CCT, que las enumeraciones son meramente ejemplificativas, más no un *numerus clausus*.

Por otro lado, en la Convención Interamericana, el concepto se amplía a los casos indicados en la segunda parte del primer párrafo, y se limita ante los supuestos del segundo párrafo. Así, el requisito clásico del grave padecimiento físico o psíquico cede, entendiéndose que aun sin éste podríamos encontrarnos frente a un acto de torturas en caso de verse anulada la personalidad de la víctima o disminuida su capacidad física o mental. Resultará sencilla al lector la representación de estos supuestos, sobre todo pensando en el ámbito de la salud mental, el abuso de psicofármacos (la llamada violencia farmacológica) y/o intervenciones quirúrgicas que provoquen tal anulación o disminución de la personalidad.

A modo de resumen, podemos seguir el trabajo de Claudio Nash Rojas³⁵, para quien

(...) a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer algunas conclusiones:

En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.

Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos defieren en un elemento central: la Convención de Naciones Unidas exige que el padecimiento sea “grave”, cuestión que no es exigida por la Convención americana en esta materia. Este es un punto muy relevante a la hora de realizar una posible distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse (como lo ha hecho el sistema europeo en algún momento) que este sería el elemento clave de distinción. Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el sistema interamericano

³⁵ NASH ROJAS, Claudio. *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Corresponde a una versión revisada de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional “Hacia la Implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos y Degradantes”, patrocinado por la Fundación Konrad Adenauer y el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj) de Uruguay, Montevideo, 30 de septiembre de 2008, p.9 Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142667>

se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, cual es, que también se considerará como tortura un acto que sin provocar este dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental

Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que “cualquier otro fin”, aparte de los mencionados expresamente en el texto podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de Naciones Unidas la finalidad es más restringida y cuando abre el tema, lo hace de la siguiente forma: “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.

Cuarto, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal. Sin embargo, aun cuando en el art. 3.2 de la Convención Americana sobre Tortura hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica que lo que se hace en el ámbito de Naciones Unidas.

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁶ ha ampliado ligeramente la definición de la Convención de la ONU, al no exigir explícitamente el consentimiento o aquiescencia del funcionario público u otra persona actuando en el ejercicio de funciones públicas³⁷. Define la tortura, en cuanto elemento o forma de configuración de crimen contra la humanidad³⁸, en los siguientes términos: " Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin

³⁶ El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

³⁷ A nuestro entender lo hace en forma implícita por cuanto se refiere a “persona que el acusado tenga bajo su custodia y control”, lo que supone una función pública en el ejercicio del monopolio del uso de la fuerza.

³⁸ La tortura, en consecuencia, será considerada de lesa humanidad cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.³⁹

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido una más que interesante evolución en cuanto a los elementos de un acto para que pueda ser considerado tortura. En ese proceso, la Corte IDH ha debido recurrir y referirse a la Convención Americana, a su propia jurisprudencia, a las resoluciones de otros órganos de protección de derechos humanos y a los demás instrumentos internacionales que la prohíben.

Sin agotar el extenso desarrollo jurisprudencial que ha protagonizado el Tribunal, en la sentencia del 11 de mayo de 2007 del caso “Bueno Alves Vs. Argentina”⁴⁰ partiendo del análisis de la definición de los instrumentos vigentes hasta ese momento (sobre todo las convenciones expuestas precedentemente), hizo su aporte para la distinción con otros ilícitos, entendiendo que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes:

a) Un acto intencional: “Las pruebas que constan en el expediente acreditan que los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.”⁴¹

b) Que cause severos sufrimientos físicos o mentales: “Al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte 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

³⁹ Artículo 7.2.e) del Estatuto de Roma.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 164. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

⁴¹ Corte IDH, cit., Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 81.

dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.”⁴²

c) Que se cometa con determinado fin o propósito: “La víctima del caso denunció en su declaración ante el juez que investigaba los actos de maltrato que éstos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado. En vista de ello y teniendo en cuenta la aceptación del Estado, la Corte consideró que los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves.”⁴³

Además de ello, para conceptualizar adecuadamente los diferentes elementos que componen el sufrimiento mental que es constitutivo de tortura, la Corte IDH ha desarrollado el concepto de tortura psicológica. La misma es producida cuando las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas genera una angustia moral de grado tal que pueden ser calificadas de esta manera⁴⁴.

En el caso Cantoral Benavides v. Perú (2000), el Tribunal Interamericano estableció que pueden calificarse como torturas psíquicas aquellos actos de agresión infligidos a una persona que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto-inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, o aquellos que buscan someterla a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma⁴⁵.

En determinadas circunstancias, la Corte IDH también ha considerado que la violencia sexual contra la mujer constituye una violación al artículo 5.2⁴⁶ de la Convención

⁴² Ídem, párr. 83

⁴³ Ídem, párr. 82

⁴⁴ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia v. Guatemala. Sentencia del 27 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 103, párr. 92; Caso J. v. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 364.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides v. Perú, fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 104.

⁴⁶ Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Americana⁴⁷ . En este contexto normativo, el Tribunal Interamericano ha calificado la violación sexual realizada por un agente estatal como un acto de violencia sexual especialmente grave y reprobable, dada la vulnerabilidad de la víctima y el abuso del poder que despliega el agente, dirigido a intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que lo sufre, lo cual permite su calificación como tortura. Esta calificación de la violación sexual como tortura es también resultado del trauma que genera para quien la sufre y por el hecho de que puede tener severas consecuencias y causar gran daño físico y psicológico, lo cual deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación que es difícilmente superable por el paso del tiempo. También ha considerado que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refiere 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. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención contra la Tortura, la Corte IDH ha estimado que los actos de violencia sexual constituyen un acto de tortura⁴⁸ .

La Corte IDH ha especificado respecto de las condiciones de detención que de conformidad con el artículo 5.1⁴⁹ y 5.2 de la Convención Americana, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, ya que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. En particular, ha considerado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, constituye una violación a la integridad personal. En el mismo sentido, las condiciones de

⁴⁷ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 306.

⁴⁸ En el caso del Penal Miguel Castro y Castro, la Corte IDH determinó que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta inspección vaginal dactilar constituyeron una violación sexual. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, fondo, reparaciones y costas, párr. 312

⁴⁹ Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

sobrepoblación, la ausencia de una buena alimentación, la falta de oportunidades para hacer ejercicio o realizar actividades recreativas y no contar con atención médica, dental o psicológica, conlleva a condiciones inhumanas y degradantes que afectan la salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de la vida e integridad personal de la víctima.

La Corte IDH ha determinado que la incomunicación durante la detención y el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, con restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana. Asimismo, ha establecido que el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”⁵⁰. La incomunicación sólo puede utilizarse de una manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, ya que “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas que la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”⁵¹.

En los interrogatorios, por ejemplo, la tortura suele emplear métodos que no agreden el cuerpo ni causan dolor físico, sino que provocan sufrimientos psicológicos agudos que alteran profundamente las facultades y la personalidad, lo que se puede evidenciar y agravar si las amenazas incluyen poner en riesgo a familiares y/o allegados.

A menudo, la tortura provoca como resultado lesiones psicológicas tales como incapacidad de confiar, ansiedad derivada del miedo a que la tortura vuelva a ocurrir, aun estando la persona en un ambiente seguro. Los sobrevivientes de la tortura pueden experimentar dificultad para dormir o pueden despertarse muy temprano, en ocasiones

⁵⁰ Caso Maritza Urrutia v. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 87; Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 150.

⁵¹ Caso Cantoral Benavides v. Perú, fondo... párr. 84; Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, fondo, reparaciones y costas... párr. 104.

en medio de gritos o con pesadillas. En este sentido y concretamente en relación a la víctima, la Corte indicó:

A partir de ese episodio, ocurrido hace más de 18 años, todo hecho de su existencia parece quedar asociado, de una manera u otra, a dicho episodio. Como sintomatología reactiva al mismo refiere [...] fallas amnésicas, trastornos en el dormir, estado de alerta y temores permanentes, inactividad laboral total y un estilo de vida social y afectiva supeditada al sistema de recaudos y seguridades instaurado a posteriori del episodio del 88. Es ahí, siempre según sus dichos, puntualmente durante la detención que sufriera, que comienza con trastornos alimenticios y en la piel. [...] Su actividad mental y también su vida cotidiana [...] parecen capturadas por el tema. Tema que parece ser la razón de su existir. Toda su energía psíquica está puesta allí. Ha montado un sistema de constantes recaudos, acompañado de una actitud hipervigilante. [...]⁵²

En definitiva, y teniendo presente las dificultades para la determinación de algunos de los aspectos técnicos y prácticos en la conceptualización que efectúa la CCT en su primer artículo, así como su contraste con otras figuras menos gravosas, contamos con otros instrumentos así como las distintas apreciaciones que la Corte ha desarrollado a lo largo y ancho de sus resoluciones y sentencias, que traen algo de luz al término, contenido y alcances de lo que consideramos tortura. No obstante ello, los conflictos al respecto trascienden el ámbito interamericano, como podemos apreciar de las palabras de la ex jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga

Una mirada a la jurisprudencia de la Corte Europea muestra que es difícil encontrar los criterios que ha tenido en consideración para decidir si una conducta es lo suficientemente severa y cruel como para calificarla de tortura. Es posible que las circunstancias de la víctima sean un elemento para la decisión, así como las consecuencias de los actos sobre la persona objeto de la tortura. Tampoco es simple distinguir examinando la finalidad que persigue el acto ya que, de acuerdo con la decisión de la Corte en el caso de Irlanda c. el Reino Unido, el tratamiento

⁵² Caso Bueno Alvez Vs. Argentina. Cit. Párr. 84

inhumano o degradante también puede tener una intencionalidad similar a la de la tortura.⁵³

Como podemos apreciar, queda un margen importante de apreciación que, en el caso concreto, deberá ser analizado en profundidad tomando en cuenta lo antedicho⁵⁴. No obstante, cabe destacar que, tal y como señala el propio Comité contra la Tortura, “en práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura”⁵⁵. Más adelante, al estudiar el tipo penal de torturas en el ordenamiento jurídico argentino, volveremos a contraponer estos elementos.

1.2.b) Obligaciones que nacen de la CCT

Retomando que el presente trabajo se centra en las obligaciones de los Estados parte de la CCT, en su artículo 2º se establece la primera de ellas, al disponer que todo Estado Parte deberá tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo su territorio. Es decir, los Estados deben asegurar que su derecho interno respete las obligaciones derivadas de la Convención y ello en un doble sentido: obligación de abstención y obligación de protección. La primera, de carácter negativo, de inhibirse de determinadas conductas; la segunda, de carácter positivo, de garantizar que los individuos no sean sometidos a una vulneración de su protección y esto desde una perspectiva preventiva, como puede apreciarse.

⁵³ MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Centro de Derechos Humanos 2005, p. 150.

⁵⁴ Para mayor información sobre la definición de la tortura, véase: APT, *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, Geneva, APT, 2003, y RODLEY Nigel, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp 75-107.

⁵⁵ Comité CAT, *Observación general N° 2*, (2007) Doc. ONU CAT/GC/2, párr. 3.

En otros términos, no será suficiente que los Estados Parte dicten legislación prohibiendo la tortura; es necesario, además, que dicha legislación resulte respaldada por instituciones dotadas de suficientes prerrogativas, medios y preparación para poder llevar a cabo su trabajo de manera eficiente e imparcial. En el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que los Estados Parte no sólo estaban obligados a no violar los derechos contenidos en la Convención Interamericana, sino también a adoptar las medidas necesarias en orden a la “prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos”⁵⁶. Esta obligación de diligencia debida implica que los Estados deben examinar en qué medida la implementación interna responde de manera adecuada a la necesidad de enfrentarse y contrarrestar la tortura.

En el mismo artículo 2, y considerando que la prohibición de la tortura constituye un claro ejemplo de una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos, la CCT compromete a los Estados en cuanto dicha prohibición implica que no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública. “En efecto, no existe razón legítima alguna que permita al Estado restringir este derecho de la manera en que normalmente se autorizan restricciones que afectan a otros derechos humanos, tales como el orden público o seguridad pública. Tampoco permiten los instrumentos internacionales la suspensión de esta prohibición en situación de emergencia”⁵⁷.

En cuanto a la prohibición absoluta de la tortura, resulta ilustrativa la referencia que se efectúa en uno de los manuales más importantes de la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT)⁵⁸

⁵⁶ Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Análisis de fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. parr. 187.

⁵⁷ NASH ROJAS, Claudio. *Alcance del concepto...* Op. Cit. P.4

⁵⁸ Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT). *Cómo hacer valorar los derechos de las víctimas de la tortura: Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas*. Serie de Manuales de la OMCT Volumen N° 4. Ginebra,

El carácter absoluto de la prohibición de la tortura quedó confirmado en las observaciones finales sobre Israel, en 1997. Israel había tratado de justificar la utilización de ciertas técnicas de interrogatorio como medios necesarios para luchar contra el terrorismo, afirmando que con dichos métodos “se ha[bía]n desbaratado unos 90 ataques terroristas planeados y salvado innumerables vidas”. No obstante, el Comité CAT consideró que los métodos de interrogatorio empleados eran inhumanos o degradantes y constituían conjuntamente actos de tortura. El Comité CAT: “...reconoce el terrible dilema con que se enfrenta Israel ante las amenazas terroristas a su seguridad, pero Israel no puede aducir ante este Comité que circunstancias excepcionales justifican actos prohibidos por el artículo 1”.⁵⁹

La Convención prohíbe invocar una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura y que las confesiones o declaraciones obtenidas por medio de tortura se consideran sin ningún valor.

El artículo 3º prohíbe la extradición, expulsión o devolución de una persona cuando existan razones fundadas para considerar la imposición de torturas a la misma. La CCT contempla la situación de los refugiados, temática que por su extensión y especificidad no abordaremos.

Por su parte, en el Artículo 4º –mencionado brevemente unas páginas atrás–, la CCT compromete a los Estados firmantes a velar por que todos los actos de tortura constituyan delitos graves, con sanciones penales acordes a los bienes jurídicos en juego. El espíritu de esta obligación incluye la necesidad de una regulación específica, omitiendo la subsunción de la tortura en delitos de mayor amplitud como el incumplimiento de deberes funcionales, o las lesiones.

Respecto a las penas, si bien la norma del tratado no se encarga de especificarlas, del mandato convencional surge que se debe tener en cuenta su gravedad y los bienes jurídicos en juego, ya que si se tratara de penas excesivamente leves pueden fracasar a

Suiza, segunda edición de junio de 2014, p.236. Disponible en: https://www.omct.org/files/2014/11/22956/v4_web_onusien_es_omc14.pdf

⁵⁹ Observaciones finales sobre Israel, 1997, documento de las Naciones Unidas CAT/C/18/CRP1/Add. 4, párr. 134. Véanse también las Observaciones finales sobre Israel, 2002, documento de las Naciones Unidas A/57/44 párr. 53.

los efectos de disuadir de actos de tortura, mientras que sanciones rígidas y draconianas (penas perpetuas), podrían provocar desaliento en los jueces a la hora de aplicar la ley, en la medida en que ésta carecería de la flexibilidad necesaria para tener en cuenta las circunstancias de cada caso. El Comité contra la Tortura no ha establecido una regla con relación al castigo exigido especificando un mínimo o un máximo de años de cárcel. Ha indicado, sin embargo, los límites de las decisiones judiciales apropiadas, llegando a considerar, por un lado, que sentencias condenatorias de entre tres y cinco años resultan inadecuadas, y, por otro lado, que condenas excesivamente rigurosas pueden disuadir a la hora de iniciar los procesamientos. Asimismo, el Comité ha puesto de manifiesto que “(...) que las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición [de la tortura].”⁶⁰

El Art. 4 también obliga a considerar la tentativa y a incluir en la penalidad del delito a cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura, incluyendo así la necesidad de castigo penal a los particulares, además de los funcionarios públicos que intervienen –necesariamente– en la figura. Al momento de referirnos al tratamiento penal de la cuestión en Argentina, volveremos a recurrir a esta norma.

Así y en consonancia con lo ya expuesto respecto del Art. 2º, los Estados deben llevar a cabo cuantas reformas legislativas sean necesarias para garantizar el objeto de la Convención. Por ejemplo, si el Derecho de un Estado Parte no penaliza la tortura o exime a determinados altos cargos de la investigación o el procesamiento por actos de tortura, entonces el Estado en cuestión estaría obligado a dictar nueva legislación o a modificar la existente en orden a cumplir con los términos de la CCT.

En los siguientes artículos, la Convención establece los parámetros de la obligación general de investigar los delitos de tortura mediante el establecimiento de: reglas de competencia (Art. 5), pautas y garantías mínimas durante el procedimiento (Art. 6 y 7), reglas de la extradición (Art. 8) y cooperación internacional (Art. 9).

⁶⁰ Comité CAT, Observación general N° 2, (2007) Doc. ONU CAT/GC/2, párr. 5

De la mano con lo anterior, el Art. 12 impone la necesidad de que, ante la sospecha de comisión de torturas, se efectivice una investigación pronta e imparcial. La especial regulación internacional de la prohibición de la práctica de la tortura ha permitido desarrollos jurisprudenciales y la Corte IDH se ha encargado de reiterar las obligaciones que tienen los Estados, como parte del deber de garantía (al privar de libertad a las personas), de investigar las violaciones graves de derechos humanos, evitando la impunidad al perseguir a los culpables. Un aspecto central en este desarrollo progresivo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales): una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva.

Esto es sin perjuicio de la denuncia particular de una posible víctima de torturas, cuyo caso queda contemplado en el Art. 13 y que pone en cabeza de los Estados la obligación de tomar el reclamo y garantizar la protección de la víctima ante posibles represalias. Ello implicará la adopción no sólo de una legislación que garantice tales obligaciones, sino que se complementará con la instauración de mecanismos, procedimientos y autoridades que faciliten la denuncia. Este importante deber que debe regir durante toda la investigación y con posterioridad, se integra con la necesidad de la reparación y/o indemnización absolutamente integral de la víctima (Art. 14).

En su Art. 10 la CCT incluye reglas de formación obligatoria en materia de prohibición de la tortura para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, haciendo otro aporte en una lógica preventiva del fenómeno que más adelante se impondría con la llegada del Protocolo Opcional, lo que se complementa con el deber de revisión y contralor de los procedimientos penales y las normas de tratos de las personas privadas de libertad (Art. 11).

La Convención es un tratado activo en el sentido de que no sólo exige a los Estados Parte garantizar que su marco jurídico interno prohíba conductas equivalentes a la tortura y abstenerse de actos igualmente equivalentes a la tortura, sino que va más allá,

exigiendo a los Estados la adopción de medidas específicas destinadas a asegurar la implementación práctica de la prohibición de la tortura, incluidas medidas positivas de carácter preventivo, apuntalando adecuados y efectivos mecanismos destinados a investigar denuncias de tortura y, cuando exista prueba suficiente, iniciar procesamientos. La Convención exige asimismo remedios efectivos e reparaciones a las víctimas y, en su caso, familiares.⁶¹

En la CCT los Estados firmantes también se comprometen a prohibir otros tratos que, aunque no lleguen a ser torturas en virtud de su inferior gravedad, signifiquen tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 16), siempre que los mismos sean cometidos por funcionarios públicos o por su intermedio.

1.2.c) El Comité contra la Tortura

Si bien no es materia específica del presente trabajo ahondar en su composición y facultades, debemos recordar que a partir de la segunda parte de la CCT, precisamente en su Art. 17, se constituye el Comité contra la Tortura (en adelante Comité o CAT⁶²) conformado por diez expertas/os independientes encargadas/os de la supervisión del tratado, en forma general.

El sistema de Naciones Unidas para la promoción y la protección de derechos humanos se encuentra compuesto de dos tipos principales de órgano: órganos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos (denominados comúnmente órganos de tratados). La mayoría de estos órganos reciben la asistencia de la Secretaría de los Tratados y de la Comisión de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH).

⁶¹ REDRESS “Interiorizando la prohibición internacional de la tortura. Guía de implementación nacional de la convención contra la tortura y otros tratos o penas otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Enero de 2006. Pág. 15. Disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Spanish-CAT-final-8-May-2006.pdf>

⁶² Por sus siglas en inglés “Committee Against Torture”.

Los primeros son el Consejo de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos (CDH/CHR), los Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos.

Por su lado, existen órganos de tratados cuya misión principal es la supervisión de la implementación de los instrumentos en los Estados parte. En la actualidad, hay nueve tratados internacionales de derechos humanos y un protocolo facultativo, para los que se han creado diez órganos de tratados. y ellos son⁶³ el Comité de Derechos Humanos (HRC)⁶⁴, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)⁶⁵, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)⁶⁶, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁶⁷, el Comité de los Derechos del Niño (CRC)⁶⁸, el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)⁶⁹, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁰, Comité sobre Desapariciones Forzadas⁷¹ y, finalmente, el Comité contra la Tortura (CAT) y el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).

Sólo cuatro de los comités (HRC, CERD, CEDAW y CAT) pueden, bajo ciertas condiciones, recibir peticiones de individuos que reclaman por sus derechos bajo los tratados se han sido violados. Su mención, al igual que haremos luego con el Subcomité

⁶³ Las siglas que se indican entre paréntesis, obedecen a las correspondientes en idioma inglés y con las que generalmente son identificadas en documentos y publicaciones internacionales.

⁶⁴ Encargado de la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁵ Supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁶ Supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁶⁷ Supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁶⁸ Órgano encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) como de sus protocolos facultativos.

⁶⁹ Encargado de la supervisión de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

⁷⁰ Órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷¹ A cargo de la supervisión del Convenio Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

para la Prevención de la Tortura, resulta preponderante en virtud de la obligatoriedad para los Estados respecto de las recomendaciones que deben observar y los informes que deben emitir.

Todos los Estados Partes tienen la obligación de presentar al Comité contra la Tortura informes periódicos cada cuatro años⁷² sobre la forma en que aplican los derechos amparados por la Convención (Art. 19). El Comité examina cada informe y remite al Estado Parte sus preocupaciones y recomendaciones en forma de “Observaciones Finales”⁷³, las que bajo ciertas condiciones pueden ser incluidas en el informe anual del órgano (Art. 24).

En otras palabras, el Comité examina el informe elaborado por el Estado Parte, que incluye la celebración de una reunión pública formal con los representantes de éste para clarificar algunos aspectos y temas de interés. El Comité también puede recabar información adicional de una manera informal o indirecta, recurriendo a distintas fuentes, como las organizaciones de la sociedad civil⁷⁴. El objetivo de este procedimiento es obtener un panorama, lo más completo posible, sobre la situación de la tortura y de otras formas de malos tratos, a manera de poder emitir recomendaciones sobre las distintas formas de poner en práctica las obligaciones de la Convención.

Además del procedimiento regular o común de presentación de informes, la Convención establece otros mecanismos mediante los cuales el Comité realiza sus funciones de supervisión: En primer lugar, cuando el Comité recibe información que acredite la práctica sistemática de tortura en un Estado Parte, podrá invitar al Estado en cuestión a examinar la situación y a presentar informes y observaciones (Art. 20). En el curso de esta investigación, el Comité se encuentra facultado para designar entre sus miembros a

⁷² En realidad, el informe inicial deben presentarlo al año de haberse adherido a la Convención y posteriormente, cada cuatro años, que son siempre referidos como informes complementarios de aquel.

⁷³ En su oportunidad, analizaremos con cierto detenimiento la última intervención del órgano respecto de Argentina, producida en 2017.

⁷⁴ Que suelen elaborar los denominados “informes sombra” en función de su confidencialidad, y que plantean el panorama desde un enfoque crítico. Muchos de estos informes sirven para desacreditar las versiones oficiales cuando las mismas no son honestas, para complementar información oficial u ofrecer un punto de vista diferente al del Estado Parte.

expertos que investiguen con mayor profundidad la situación, informando en forma urgente. Así, los expertos podrían realizar una visita en el territorio del Estado, siempre que éste lo consienta en forma específica, vale aclarar. De todo ello resultan conclusiones que se traducen como sugerencias de carácter confidencial, en la búsqueda de cooperación del Estado investigado. En segundo lugar, el Comité puede examinar las denuncias entre Estados (Art. 21).

Finalmente, el Comité puede también recibir y examinar comunicaciones enviadas por presuntas víctimas de una violación de la Convención (o enviadas por personas, instituciones, sociedad civil, etc., actuando en nombre de las víctimas) siempre y cuando el Estado Parte haya hecho una declaración reconociendo la competencia del Comité para examinar comunicaciones individuales (Art. 22).

Nótese que el instrumento no genera un sistema de cumplimiento respecto de sus normas y obligaciones, y las posibilidades del Comité en materia de denuncias es bastante limitado. Tenemos, en consecuencia, un tratado que establece un buen cúmulo de compromisos internacionales para los Estados parte pero, a su vez, un sistema acotado de cumplimiento o seguimiento, más allá de la responsabilidad internacional que podría aparejar su inobservancia y que generalmente se canaliza mediante los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso americano.

El Comité además publica su interpretación del contenido de las cláusulas de la Convención, que se denominan Observaciones Generales sobre asuntos temáticos.

1.2.d) Otros aspectos destacables de la CCT

Para la comprensión cabal del instrumento en análisis y las posiciones de los distintos Estados, debemos considerar que en su elaboración, al igual que ocurre con otros tantos destinados a la ratificación o adhesión global, se dio preferencia al principio de

universalidad de los tratados⁷⁵ por sobre el de integridad⁷⁶, en el establecimiento de su régimen sobre reservas. Muestra clara de ello es el Art. 28 de la CCT, en cuyo inciso primero establece “Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de la adhesión a ella, que no reconoce la competencia del Comité según se establece en el artículo 20.”, lo que conlleva a que gran parte de las obligaciones en cabeza de los Estados por parte del instrumento queden vacías de contenido⁷⁷, desnaturalizando en gran parte el objeto mismo de la Convención.

Lo anterior derivó en un importante número y variedad de reservas y declaraciones ya que de los ciento setenta y un (171) Estados parte de la misma, al menos treinta (30) han planteado reservas, mayoritariamente relacionadas con lo dispuesto en el Art. 30 inc. 1⁷⁸ y el contenido del Art. 20⁷⁹, de fundamental significancia en el instrumento. En ambos casos se trata de disposiciones referidas a facultades del Comité, e incluso al reconocimiento de su propia competencia. También es reiterada la objeción a lo dispuesto en el Art. 14 en cuanto a la reparación y/o indemnización de la víctima⁸⁰.

Como casos dignos de mención de reservas y declaraciones formuladas sobre la CCT, cabe destacar el caso de Tailandia⁸¹, cuyo actual Código Penal no contiene ninguna definición específica o delito particular que corresponda al término “tortura”, pero se

⁷⁵ Que implica una participación de la mayor cantidad posible de Estados en los mismos, aunque esto conlleve flexibilizar sus contenidos, utilizar terminología menos específica, menor nivel de injerencia en políticas públicas de los miembros, etc.

⁷⁶ Que se entiende como la conservación de un texto único e idéntico para todas las partes del tratado, aunque esto signifique menor número de ratificaciones en virtud de su posible rigidez o solemnidad.

⁷⁷ Como por ejemplo la ya mencionada obligación de presentación de informes de implementación de la CCT cada cuatro años.

⁷⁸ Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

⁷⁹ Analizado precedentemente, y que incluye el procedimiento de investigación por parte del Comité ante la noticia y acreditación de aplicación sistemática de tortura en un Estado parte.

⁸⁰ Para cuyo caso, algunos Estados han planteado que serán sus tribunales los que decidan, a su discreción, la reparación adecuada.

⁸¹ Tailandia, conforme el Art. 26 de la CCT, procedió a adherir al instrumento el 2 de octubre de 2007.

aplican disposiciones comparables a los actos mencionados en el artículo 1 de la Convención. Por tanto, en su declaración interpretativa efectuada al momento de adherir, Tailandia informó que el término "tortura" del artículo 1 se interpretará de conformidad con el Código Penal tailandés, no obstante su compromiso para modificar y armonizar su legislación.

Por su parte Estados Unidos⁸² efectúa una serie de reservas e interpretaciones, entre las que destacamos: 1) La pena capital de los Estados Unidos y la Convención no impiden ni prohíben la ejecución de la pena de muerte, en virtud de las enmiendas quinta, octava o decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos. 2) Con respecto al artículo 1 de la Convención, los Estados Unidos interpretan la expresión "consentimiento implícito" en el sentido de que el funcionario público debe haber tenido conocimiento de la actividad que constituye una forma de tortura antes de que se produzca y, posteriormente, no cumpla sus normas legales, es decir su obligación de intervenir para prevenirlo⁸³. 3) Interpreta que el término "sanciones" de la última oración del primer párrafo (Art. 1º) incluye las sanciones impuestas por la justicia y autorizadas por la ley. Sin embargo, considera que un Estado parte no puede, mediante las sanciones previstas en su derecho interno, frustrar el objeto y fin de la Convención de prohibir la tortura. Esto último se contrapone a la declaración interpretativa que efectúa Emiratos Árabes Unidos⁸⁴, para cuyo Estado el dolor y el sufrimiento causado por, asociado o resultante de sanciones legalmente previstas, no entran dentro del concepto de "tortura", sin hacer ninguna salvedad.

Por su parte, Cuba⁸⁵ extrañamente "lamenta" uno de las normas más relevantes de la CCT, concretamente el texto del inciso primero del Art. 2⁸⁶, por interpretar que sería

⁸² Estados Unidos de América firmó la CCT el 18 de abril de 1988 y la ratificó el 21 de octubre de 1994. El 3 de junio de 1994, el Secretario General de las Naciones Unidas recibió una comunicación del Gobierno de los EEUU indicándole, de conformidad con una condición estipulada por el Senado cuando aprobó la Convención y consintió su ratificación, que "... nada en esta Convención obliga o autoriza a los Estados Unidos de América a aprobar leyes o tomar cualquier otra acción prohibida por la Constitución de los Estados Unidos según la interpretación de los Estados Unidos."

⁸³ Nótese que la CCT no utiliza el término "consentimiento implícito" sino sólo "consentimiento", por lo que la interpretación de Estados Unidos no parece incorrecta e incluso parece ser extensiva.

⁸⁴ Emiratos Árabes Unidos adhirió a la CCT el 19 de julio de 2012.

⁸⁵ Cuba firmó la CCT el 27 de ene de 1986 y procedió a su ratificación el 17 de mayo de 1995.

contradictorio luego de la adopción de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

Sobre la CCT, se ha dicho que sus cláusulas carecen de una perspectiva preventiva del fenómeno de la tortura, que posee un espíritu eminentemente declarativo y que su fuerza normativa, en consecuencia, podría ser considerada endeble. Por nuestra parte, no coincidimos con esas apreciaciones ya que entre las obligaciones que crea en cabeza de los Estados, algunas tienen una clara vocación preventiva y/o disuasiva, como las relacionadas con la formación de los encargados de la custodia de personas privadas de libertad, además de generar claras y operativas obligaciones de diversa índole, y la gran mayoría de Estados han cumplido y cumplen con periodicidad con los informes temáticos. En efecto, junto con el Examen Periódico Universal⁸⁷, constituye un importante hito en materia de derechos humanos, al menos en Argentina.

La Convención contra la Tortura adoptada por las Naciones Unidas significó un enorme progreso al calificar como delito internacional la práctica de la tortura, al realizar importantes aportes en cuanto a su conceptualización y caracteres configurativos, al comprometer a los Estados parte a sancionar el delito de forma acorde a la gravedad que supone y al crear los mecanismos para su denuncia a través del Comité. Sin embargo, el esfuerzo significó avances mínimos en materia de prevención y de modificación de una realidad preocupante que, como veremos, originó necesidad de proceder a la redacción de un nuevo instrumento complementario, más moderno y que implicara acción directa.

⁸⁶ Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

⁸⁷ El Examen Periódico Universal (EPU) es un proceso singular que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia.

1.3) El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

Las expectativas puestas en los resultados de la Convención contra la Tortura, rápidamente cedieron frente a un fenómeno complejo que, evidentemente, requería estrategias dinámicas y una capacidad de respuesta acorde. Como pudimos apreciar en el apartado anterior, la CCT estableció una serie de obligaciones para los Estados parte, y creó un órgano encargado de, entre otras cosas, la recepción de los informes y asumir una posición frente al fenómeno de la tortura.

Desde tiempos previos a la entrada en vigencia de la CCT comenzó el diseño de un nuevo instrumento que abordaría la problemática desde una posición eminentemente preventiva, con un diseño pensado en esa lógica y dirigido a la disuasión como herramienta complementaria a las demás ya previstas en los tratados internacionales, gestada para llegar a tiempo antes de la concreción de la lesión a los bienes jurídicos que se intentan proteger.

Pese a los esfuerzos que significó contar con un tratado de la fuerza intrínseca de la CCT, la tortura persistió como un fenómeno global con su preocupante dinámica de adaptación al medio, a la historia y a las prácticas, incluso en países desarrollados.

En ese contexto, era necesario imaginar un nuevo dispositivo, mucho más eficiente e innovador que los ya existentes para intentar prevenir la práctica de la tortura. Es así como, mientras todavía se discutía a finales de los años 70 el contenido de la futura Convención contra la Tortura finalmente aprobada el 10 de diciembre de 1984, varias organizaciones de la sociedad civil hicieron hincapié en la necesidad de idear un nuevo “mecanismo” que permitiera efectivamente prevenir tales abusos⁸⁸. Ahí surgió la idea de un mayor control o presencia en los espacios en donde la tortura es más frecuente, ya

⁸⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). “El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un Manual para la Prevención”. San José de Costa Rica, 2004. Página 20.

que “...existe en todas las sociedades humanas un potencial para torturar y tan solo un entorno adecuado permite controlar ese potencial”⁸⁹

Si bien reconocemos que pueden existir otras versiones o fuentes, la concepción del Protocolo se dio tomando como inspiración el valioso trabajo y experiencia desarrollada durante más de ochenta años por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en visitas o inspecciones *in loco* a lugares de detención de prisioneros de guerra durante los conflictos armados, a los fines de efectuar un control del trato dado a las personas privadas de libertad⁹⁰. A partir de ello, el filántropo suizo Jean Jacques Gautier trabajó en la idea de un mecanismo preventivo, específicamente contra la tortura, basado en un método similar de visitas regulares y periódicas a lugares de privación de libertad.

Otra fuente que sirvió a idénticos fines fue el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura creado en 1987, tratándose éste de un órgano conformado por expertos independientes facultados para realizar visitas a lugares de detención en los Estados Partes del Consejo de Europa, con el fin de hacer recomendaciones para mejorar el trato a las personas privadas de libertad y sus condiciones de detención⁹¹.

Fue así como empezó a gestarse un mecanismo o sistema de esta naturaleza, iniciándose un largo proceso de negociación que culminaría con la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (en adelante “Protocolo” o “Protocolo Facultativo”) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre del 2002⁹².

⁸⁹ STROUM Jacques y DAUDIN Pascal., “Une analyse des facteurs qui favorisent la torture”, in APT, Vingt ans consacrés à la réalisation d’une idée. Recueil d’articles en l’honneur de Jean-Jacques Gautier, APT, Ginebra, 1997, p. 128.

⁹⁰ Fue particularmente atendida la experiencia del CICR en dos países, Grecia e Irán, en los cuales el ingreso de los delegados de la Cruz Roja a los lugares de detención tuvo correlativamente como efecto el de disminuir notablemente la incidencia de la tortura.

⁹¹ Para mayor información sobre el Comité Europeo, véase: www.cpt.coe.int

⁹² El Protocolo fue adoptado el 18 de diciembre de 2002 en el quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución A/RES/57/199. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 27, el Protocolo fue abierto a la firma de cualquier Estado que suscribiera la

Así, según las palabras de Elizabeth Odio Benito⁹³, a quien le correspondió presidir el grupo de trabajo que a partir del año 2000 retomó el compromiso de redactar el Protocolo y obtener su aprobación en todos los órganos de las Naciones Unidas

[...] el gobierno de Costa Rica inició en 1980 en las Naciones Unidas un proceso que continuaría hasta el año 2002, para adoptar un Protocolo destinado exclusivamente a la prevención de la tortura a través de acciones coordinadas entre los gobiernos y la comunidad internacional. Gobiernos de América Latina y de Europa, principalmente, contribuyeron entusiasta y eficazmente en el proceso de redacción del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, muy en especial a partir del año 1999. De igual modo, la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), con sede en Suiza, desempeñó desde el principio un papel fundamental en las tareas de redacción del instrumento y de convencimiento de gobiernos y de organizaciones no gubernamentales ligadas a la materia.⁹⁴

La comunidad internacional puso grandes esperanzas en el Protocolo Opcional de la Convención contra la Tortura, ya que con el mismo se produciría el establecimiento de un sistema mundial de visitas regulares a los lugares de detención por organismos independientes, reforzando aún más los mecanismos nacionales y regionales ya existentes y destinados a la protección de los derechos humanos en los espacios menos controlados. En definitiva, se trataba de una apuesta importante ya que el instrumento generaba nuevas responsabilidades internacionales para los Estados que decidieran ratificarlo, y una serie de obligaciones bastante poco frecuentes para un tratado de estas características. No está de más indicar que el sistema de visitas periódico ya se encontraba diagramado al momento de redactarse la CCT, pero dadas las profundas reservas por parte de los Estados que provocaría la propuesta de semejante mecanismo,

Convención contra la Tortura, el 4 de febrero de 2003. El Protocolo está disponible para su firma, ratificación y adhesión en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

⁹³ Actual Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (período 2016/2021), quien en su frondoso y admirable historial fue Jueza de la Corte Penal Internacional (2003-2012) y del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (1993-1998). En Costa Rica, fungió como Vicepresidenta de la Nación, Ministra de Justicia, Procuradora General, Ministra de Medio Ambiente y Energía.

⁹⁴ Fragmento del prólogo del material de difusión e impulso para la ratificación del OPCT “El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un Manual para la Prevención” (2004), a cargo de Elizabeth Odio Benito, quien al momento de redactarlo (26/06/2004) era Vicepresidenta de la Corte Penal Internacional.

y dadas las ya serias resistencias que mostraban algunos Estados, se decidió no incluirlo en la Convención y discutirlo luego al momento de la elaboración del instrumento opcional.

En el año 2002 y sin estar aún vigente el Protocolo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura adoptó una serie de recomendaciones generales⁹⁵, urgiendo a los Estados a inspirarse en ellas en cuanto herramienta útil para combatir la tortura. En dichas sugerencias se menciona lo siguiente:

Las inspecciones regulares de los lugares de detención, especialmente cuando son llevadas a cabo en el contexto de un sistema periódico de visitas, constituyen una de las medidas más efectivas para prevenir contra la tortura. Las organizaciones independientes no-gubernamentales deberían ser autorizadas a tener pleno acceso a todos los lugares de detención, incluidas celdas policiales, centros de detención pre-judicial, instalaciones de servicios de seguridad, áreas de detención administrativa, unidades de detención en instituciones médicas y psiquiátricas, y prisiones, con el fin de controlar el trato dado a las personas y sus condiciones de detención. Cuando la inspección tiene lugar, los inspectores deberían tener la oportunidad de dirigirse en privado a los detenidos. El equipo inspector también debería dar publicidad a sus resultados. Por otro lado, deberían crearse organismos oficiales para llevar a cabo inspecciones, integrados por miembros de la judicatura, agentes encargados de la aplicación de la ley, abogados defensores y médicos, así como por expertos independientes y otros representantes de la sociedad civil. Los Defensores del Pueblo y otras instituciones nacionales o de derechos humanos deberían tener acceso a todos los lugares de detención con vistas a controlar las condiciones de la misma; otro tanto cabría decir, a petición suya, del Comité Internacional de la Cruz Roja. Finalmente, las organizaciones no-gubernamentales y otros organismos de control también deberían tener acceso a instituciones no penitenciarias del Estado dedicadas a los mayores, discapacitados mentales y huérfanos, así como a centros para extranjeros, incluidos asilos y centros para inmigrantes.

⁹⁵ UN Doc. E/CN.4/2003/68 de 17 diciembre 2002, párr.. f.

El nuevo enfoque del instrumento adicional implica una perspectiva superadora y una instancia novedosa, ya que el foco no está puesto en lo reactivo y en la recomposición de los daños causados a partir de la violación de prohibición de la tortura, sino que actúa contemplando el fenómeno del encierro de una manera integral, mediante la actividad preventiva con efectos disuasivos de prácticas vejatorias, a la par que permite relevar – mediante el monitoreo– las condiciones generales de detención de las personas privadas de su libertad.

Finalmente, y luego de una fuerte campaña de adhesión y compromiso de distintos actores en la concientización de su pronta puesta en marcha, el Protocolo Facultativo entró en vigor el 22 de junio de 2006, al mes siguiente de cumplirse el número de veinte (20) ratificaciones⁹⁶, conforme a su Art. 28, párrafo 1°.

De acuerdo a los sitios web oficiales de Naciones Unidas⁹⁷, en la actualidad son noventa y uno (91) los Estados que han ratificado el Protocolo, siendo Sudáfrica el último en incorporarse a la fecha de redacción del presente trabajo⁹⁸, y de ellos setenta y cuatro (74) han designado a sus Mecanismos de Prevención cuyas características, sistema y virtudes difieren considerablemente.

El Protocolo se encuentra estructurado de la siguiente manera: cuenta con un Preámbulo en el cual –evidenciando su espíritu complementario y de continuidad respecto de la CCT– reafirma la prohibición absoluta de la tortura y destaca la necesidad de establecer nuevas medidas para alcanzar los objetivos de la Convención y fortalecer la protección al respecto. En ese sentido, trae a consideración lo dispuesto en los Arts. 2 y 16 de la Convención, mediante los cuales los Estados Parte se comprometieron a tomar medidas efectivas de prevención de la tortura, y que para ello resultan necesarias acciones de diversa índole y alcance. Finalmente, y para acentuar la vocación del Protocolo, el preámbulo hace mención a la declaración de la Conferencia Mundial de Derechos

⁹⁶ En este caso, el número se alcanzó con los depósitos en poder del Secretario General de las Naciones Unidas de las ratificaciones de Honduras y Bolivia, ambas el día 23/05/2006.

⁹⁷ <https://indicators.ohchr.org/>

⁹⁸ Luego de su firma el 20 Septiembre de 2006, Sudáfrica finalmente ratificó el Protocolo el 20 Junio 2019.

Humanos⁹⁹, según la cual los esfuerzos debían centrarse en la prevención, incluyendo un sistema de visitas periódicas, lo que resulta consolidado con la idea de “medios no judiciales de carácter preventivo”.

A continuación, el Protocolo se compone de la Parte I, que contiene los principios generales, objetivos y obligaciones concretas en cabeza de los Estados; la Parte II, que establece el Subcomité para la Prevención; la Parte III, que indica en forma específica el mandato del Subcomité; la Parte IV, que genera la obligación para los Estados Parte de la creación de mecanismos nacionales de prevención, con indicaciones concretas en cuanto a su mandato y características; y finalmente las Partes V, VI y VII, referidas a cuestiones formales, financieras y disposiciones finales.

Llegados a este punto, cabe ahondar en su naturaleza como instrumento internacional, ya que por definición un protocolo facultativo es un tratado que complementa otro tratado de derechos humanos ya existente. Por ello, solamente los Estados que hayan aceptado previamente las obligaciones de un tratado principal (lo hayan ratificado o adherido) como el caso de la CCT pueden optar por ser partes de protocolos facultativos¹⁰⁰. En otras palabras, los Estados en primer término deben ratificar la convención y sólo después proceder a ratificar un protocolo facultativo a dicha convención (aunque existen excepciones a esa regla). Se los llamada “facultativos” u

⁹⁹ En 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas solicitó convocó a una reunión mundial en la que se examinaran y evaluaran los progresos logrados en la esfera de los derechos humanos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y donde se señalaran los obstáculos y la manera en que se podrían superar. La Conferencia finalmente se llevó a cabo del 14 al 25 de junio de 1993, en Viena (Austria). El último día, representantes de ciento setenta y un Estados aprobaron por consenso el documento “Declaración y Programa de Acción de Viena”. El instrumento supone la culminación de un largo proceso de examen y deliberaciones sobre la situación de los mecanismos de derechos humanos en el mundo, en ese momento y fue aprobado por el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General (Resolución 48/121, de 1994). La Declaración de Viena también hace recomendaciones concretas para el fortalecimiento y la armonización de la capacidad de vigilancia del sistema de las Naciones Unidas.

¹⁰⁰ El caso de la CCT y su Protocolo Facultativo no es aislado, existiendo otros ejemplos de instrumentos complementarios. Citemos por ejemplo, en el ámbito universal (Naciones Unidas) el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 que cuenta con dos protocolos adoptados en 1966 y 1989; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 completada con un Protocolo adoptado en 1967; la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y su Protocolo adoptado en 1999; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que ha sido objeto de dos protocolos adoptados en el 2000. También encontramos protocolos adicionales en los ámbitos regionales.

“opcionales” precisamente porque su contenido no es obligatorio de plano para los Estados que se acogieron la Convención original, manteniendo un sistema de aprobación, firma y entrada en vigor independiente de aquella. Sin embargo, ello se realiza conservando intacto el tratado original, incluso evitando revisarlo o reabrir la discusión en cuanto a su contenido. Al negociar un texto adicional y separado del tratado original, los Estados descartan el riesgo de un posible debilitamiento del régimen de protección originalmente acordado, que bien podría ocurrir en caso de reapertura de estos tratados (que muchas veces constituyen delicados compromisos tras intensas batallas diplomáticas y cuyo contenido refleja un frágil consenso de momento).

Respecto a una posible clasificación de los instrumentos de esta naturaleza, se ha dicho que “(...) En el sistema de tratados de derechos humanos de la ONU existen dos tipos de protocolo facultativos: a) Los que se refieren a un área sustantiva nueva que no fue incluida en el texto original de un tratado. Por ejemplo, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se ocupa del tema de la abolición de la pena de muerte. b) Los que se refieren a aspectos de procedimiento que pueden afectar la manera en que un tratado funciona o se aplica. Por ejemplo, creando nuevos mecanismos de supervisión, como un mecanismo de presentación de quejas (...)”¹⁰¹. Claramente el Protocolo que estudiamos se encuentra entre los segundos, creando el sistema de monitoreo con órganos independientes, pero manteniendo la base de la CCT en cuanto a la prohibición absoluta de la tortura.

Para explicitar de modo eficiente la nueva lógica que imponía el Protocolo, resulta altamente ilustrativa la forma en la que parte del material de difusión y apoyo a la ratificación de los Estados presentó, en su momento, los aspectos más novedosos contemplados:

Comparado con los mecanismos de derechos humanos ya existentes, el Protocolo Facultativo aporta un enfoque innovador, y ello desde una doble perspectiva. Por un lado, el sistema que instituye está concebido para prevenir las violaciones, en vez de reaccionar a estas después de que hayan ocurrido. El enfoque preventivo del

¹⁰¹ <https://www.escri-net.org/es/recursos/seccion-2-como-mejorar-supervision-del-pidesc-un-protocolo-facultativo>

Protocolo se basa sobre visitas regulares y periódicas de monitoreo a lugares de detención, realizadas por órganos de expertos encargados de inspeccionar las instalaciones y el trato brindado a las personas detenidas, en aras de prevenir los abusos. Por el contrario, la mayoría de los mecanismos de derechos humanos existentes, incluyendo el Comité contra la Tortura, son órganos de monitoreo que intervienen en una situación de violación a los derechos humanos a posteriori, es decir una vez que se ha consumado dicha violación o que se ha recibido una comunicación alegando una presunta violación. Para tomar un ejemplo, si bien el Comité contra la Tortura puede efectuar visitas a un Estado Parte, solo lo puede hacer si ha recibido previamente indicaciones fundadas de que la tortura está siendo practicada de manera sistemática y si ha recibido el previo consentimiento del Estado.

Por otro lado, el Protocolo Facultativo busca establecer con el Estado Parte un mecanismo que fomente una verdadera colaboración en aras de prevenir la tortura, en vez de proceder a una condena pública del Estado Parte por violaciones ocurridas. Aunque los mecanismos existentes de derechos humanos, incluyendo el Comité contra la Tortura, también buscan mantener de alguna manera un diálogo constructivo con el Estado, son ante todo mecanismos de control internacional que basan su labor en el examen público del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, ya sea mediante el sistema de informes periódicos o bien la recepción de comunicaciones individuales antes descrito. En ese sentido, el sistema ideado por el Protocolo aspira a mantener una cooperación y un diálogo constructivo de manera sostenida con los Estados Partes, con el objetivo de ayudar a las autoridades competentes a implementar los cambios necesarios para prevenir, a largo plazo, la tortura y otras formas de malos tratos.¹⁰²

El proceso de aprobación de su texto, las discusiones, idas y vueltas, las posiciones de los diferentes Estados y los numerosos intentos por conseguir el mejor sistema posible, son dignos de estudio y un verdadero muestrario de la diplomacia internacional en

¹⁰² Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). “El Protocolo Facultativo... Op. Cit., pp. 30 y 31.

temas sensibles. Sin embargo, por la especificidad del presente trabajo no podremos abordarlo, pero invitamos a su estudio¹⁰³.

1.3.a) Los Principios Generales del Protocolo.

Siguiendo con lo expuesto precedentemente, debemos subrayar que el Protocolo es un instrumento muy particular, cuyas disposiciones no deben entenderse como autónomas o independientes, sino que se integran en forma orgánica, creando un único sistema en diferentes niveles, con un mandato que destaca respecto de la gran mayoría de tratados internacionales y que se encuentra enfocado en la prevención de la tortura. La estrategia para ello está visiblemente destinada a la disuasión y al control independiente, acompañado de algunas herramientas –a su vez complementarias de la CCT– que contribuyen en alguna medida al cambio de lógica institucional en los espacios de detención.

Desde su primer artículo, en forma directa y clara, el Protocolo nos anuncia su objetivo: el establecimiento de un “sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales a los lugares en que se encuentren personas privadas de libertad”. El esfuerzo, en consecuencia, irá dirigido a detallar las características y mandato de los órganos, organismos, instituciones, autoridades, etc., que tendrán que llevar a cabo las visitas, el método a implementar y la determinación de los lugares a inspeccionar. Nótese que desde este momento inicial, el Protocolo pone de manifiesto que el sistema, además del nuevo órgano de Naciones Unidas, estará compuesto por los que luego llamará “mecanismos nacionales”.

A diferencia de lo que se propuso –o pudo concretar– la CCT, que en líneas generales colocaba a los Estados Parte en una situación de rendición de cuentas ante un órgano –el

¹⁰³ La temática se encuentra extensamente desarrollada en la obra del IIDH y la APT “El Protocolo Facultativo...” citada anteriormente, particularmente en las páginas 43 a 73. El material se encuentra disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2057/protocoloespa%C3%B1ol-2004.pdf> .

Comité contra la Tortura— que asumía un rol ciertamente pasivo y técnico, que excepcionalmente y ante la ocurrencia de sistematicidad¹⁰⁴ podía intervenir en forma directa ante el fenómeno de la tortura, aquí lo que se plantea es que la excepción se torne en regla general: la periodicidad del monitoreo preventivo, el acompañamiento activo en la diagramación de políticas públicas y la participación directa y en forma honesta del propio Estado Parte en el contralor de los espacios de privación de libertad. Todo ello en clave de prevención.

En su artículo 2º, el instrumento dispone el establecimiento o creación del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura (en adelante SPT, Subcomité o Subcomité para la Prevención), efectuando luego una aclaración de importancia: la labor del órgano no se limitará conceptual, práctica o técnicamente a las disposiciones de la CCT o del Protocolo, pudiendo aplicar a los fines de su mandato todas las convenciones, tratados, reglas, recomendaciones, directrices, etc., que se hayan dado en el marco de las Naciones Unidas. El listado de herramientas en ese sentido es por demás vasto y no pretendemos aquí agotar ese recurso, pero podemos resaltar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos en su reformulación o actualización de diciembre de 2015, denominadas “Reglas Nelson Mandela”¹⁰⁵

La norma también indica los principios que deberán regir el trabajo del Subcomité, y ellos son: confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad. El primero principalmente hace referencia al estado privado, no público, del resultado de los monitoreos, de los hallazgos y recomendaciones que debe efectuar el SPT a los Estados Parte. Esto se explica por la necesidad de intervención preventiva y no reactiva del órgano, y en la clave general que impera en el instrumento que es la colaboración y asistencia con las autoridades del Estado en cuestión. El resto de principios también se basa en la cooperación, asegurando mediante su imposición un trato equitativo por parte del Subcomité respecto de los Estados y un enfoque equilibrado al examinar idiosincrasias, regiones con contextos geográficos, religiosos, culturales y sistemas

¹⁰⁴ Y acuerdo del Estado Parte en cuestión, como vimos anteriormente.

¹⁰⁵ https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

legales diferentes. En definitiva, estos principios terminan funcionando como garantías de diálogo cooperativo y no reaccionario dirigidas a los Estados que se acogen a las normas del Protocolo.

El Artículo 3 dispone lo que a nuestro criterio constituye la más relevante e innovadora imposición de una obligación para los Estados en todo el Protocolo, de la mano con lo que luego se regula en la Parte IV. En su texto se establece:

Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado “el mecanismo nacional de prevención”).

Esta inclusión de una obligación tan específica en el Protocolo, y que terminó estableciendo la base del sistema de prevención, fue parte importante de los debates durante su redacción, ya que *ab initio* sólo se preveía el órgano internacional. En contra de esta idea, se argumentó que una autoridad nacional podría afectar las funciones y las competencias del órgano internacional, al superponerse. Además, se trataba del único instrumento que requería la creación de un órgano de naturaleza local, lo que ponía en riesgo la voluntad de adhesión por parte de los Estados. Sin embargo, la inclusión de mecanismos nacionales de prevención (en adelante también se los llamará MNP), que complementarían la labor del órgano internacional, resolvía en parte el obstáculo de la frecuencia de las visitas de monitoreo. El mecanismo internacional, el SPT, debido a su potencial alcance mundial –con la extensión territorial que ello implica–, hubiese visto imposibilitada o reducida la frecuencia de visitas a los Estados, mientras que los mecanismos nacionales situados en el territorio tienen la posibilidad de acceder con mayor asiduidad y sostener el diálogo necesario con las autoridades de los espacios de detención.

Uno de los problemas o, mejor dicho, una de las críticas más frecuentes que presenta este requerimiento de contar con un mecanismo nacional, es que sin los resguardos adecuados y sin un compromiso serio de los Estados en su aplicación, se podría tornar en un contrasentido al generar meras apariencias con organismos carentes de la

necesaria independencia, responsabilidades y rendición de cuentas. Este punto será foco de especial interés al momento de estudiar la situación de implementación en Argentina en sus niveles nacional y provincial.

Como veremos más adelante, el Protocolo establece una serie de requisitos, funciones y facultades a modo de estándares y que forman parte del mandato primordial de los MNP. En ese ideal, el Protocolo determinó diversas formas en que los Estados podrían cumplimentar su obligación al utilizar las palabras “establecerá, designará o mantendrá”. Con esto se pretendió flexibilizar y compatibilizar las realidades de los Estados que bien podrían carecer en absoluto de un órgano de monitoreo o contar con algún tipo de figura homologable. En este último caso, sólo cabría una adaptación de funciones para dar por cumplido el convenio. La fórmula empleada se encamina a que los Estados puedan escoger el diseño institucional que se adecue a sus características, siempre que el espíritu del Protocolo no se vea menoscabado. En algunos casos se ha decidido el cumplimiento de la obligación mediante la designación como MNP de defensorías del pueblo -*ombudsman*-, comisiones de tipo parlamentarias, organizaciones de la sociedad civil e incluso diseños mixtos.

Otro aspecto del Art. 3, que toma notable relevancia al momento de analizar el caso de Argentina, es que la obligación posibilita establecer, designar o mantener “uno o varios” órganos de visita, lo que admite considerar el contexto geográfico y la estructura política del Estado en cuestión. La posibilidad de tener varios mecanismos, fue defendida y pensada para los Estados con estructura federal para el mantenimiento de la autonomía local en su caso.

Los Estados Partes también pueden optar por varios mecanismos nacionales de prevención con base en una división temática, por ejemplo, si existiera un mecanismo eficaz para visitar instituciones psiquiátricas, éste podría continuar operando, al tiempo que se establecen mecanismos adicionales para visitar otros tipos de lugares de detención¹⁰⁶.

¹⁰⁶ En el caso de Argentina, el Órgano Nacional de Revisión de Salud Mental (ONR) es una entidad específica de protección de los derechos humanos de los usuarios de servicios de salud mental; la Ley

En el Art. 4º encontramos una obligación conexas con el establecimiento del SPT y los MNP, que es la de “permitir” las visitas por parte de aquellos. Difícilmente se podría imaginar un sistema preventivo sin esta posibilidad que, desde la ratificación del Protocolo por parte de los Estados Parte, deja autorizada y consentida la eventualidad de inspección tanto por el órgano internacional como por el propio MNP. A diferencia de lo que ocurría con el Comité, aquí se plantea una autorización general y previa, constituyendo una obligación de corte pasivo a la que los Estados se sujetan y que, claramente, conforma el espíritu disuasivo del instrumento. Ya no serán necesarias largas disquisiciones diplomáticas para que un grupo de expertos pueda visitar el país en cuestión, sino que explícitamente se los autoriza a futuro, por imperio de esta norma. Se trata, nuevamente, de un aspecto novedoso del Protocolo, ya que no encontramos otro instrumento internacional que incluya este tipo de invitación abierta previa que, por cierto, se encuentra reiterada en el Art. 12 inc. a)¹⁰⁷.

Sólo es necesario aclarar que el SPT no realiza una visita a un Estado en forma absolutamente sorpresiva e intempestiva. En efecto, del Art. 13 del Protocolo y de la práctica del SPT, se extrae que éste comunica con una breve antelación el listado de países seleccionados para ser visitados. Posteriormente se contacta con las autoridades estatales para especificar las fechas de la visita, solicitando en ese mismo momento información y documentación atinente a la situación de privación de libertad, además de recordar sus funciones y competencias derivadas del Protocolo. Así, los Estados pueden efectuar adecuaciones y trabajos de logística necesarios para la inspección. El órgano conserva en forma innegociable es la posibilidad de elegir libremente el o los lugares donde efectivamente realizará la/s visita/s –en el caso de Argentina, eso incluye la posibilidad de concurrir a las provincias–, el tipo de establecimiento y, dentro del

Nacional de Salud Mental (Nº 26.657) creó este organismo en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de la Nación con el objetivo de implementar estrategias políticas, jurídicas e institucionales que posibilitan las inspecciones o visitas, y a cargo de un órgano especializado en la temática.

¹⁰⁷ Artículo 12: A fin de que el Subcomité para la Prevención pueda cumplir el mandato establecido en el artículo 11, los Estados Partes se comprometen a: a) Recibir al Subcomité para la Prevención en su territorio y permitirle el acceso a todos los lugares de detención definidos en el artículo 4 del presente Protocolo; [...]

mismo, el módulo, ala, pabellón y celda. Es allí donde radica el factor sorpresivo y disuasivo, sumado a otros elementos que veremos en este trabajo.

El Artículo 4 en estudio contiene, asimismo, dos conceptualizaciones de gran interés para los objetivos que se propone el Protocolo y para el establecimiento del rango de competencia de los órganos de monitoreo; por un lado define lo que debe entenderse como “lugar de detención”¹⁰⁸ y por el otro caracteriza la “privación de libertad”¹⁰⁹.

En el primer caso, se adopta un criterio suficientemente amplio para la caracterización de lugar de detención al incluir aquellos en donde “pudieran encontrarse” personas privadas de libertad, lo que supone adicionar a los establecimientos específicamente creados para detención (como cárceles o comisarías) aquellos no oficiales o de hecho en donde existan sospechas fundadas que alojan detenidos. La regla general, en consecuencia, es que cualquier lugar en donde la persona no pueda hacer uso de su libertad ambulatoria por impedimento de autoridad pública, será considerado lugar de detención. Ello incluye un móvil policial, un establecimiento de privación de libertad de niñas, niños y adolescentes, cárceles, comisarías de todo tipo, hospitales monovalentes de salud mental, etc., etc., incluso la misma vía pública si la persona es retenida o demorada.

No obstante la capacidad de comprender situaciones que contiene el Protocolo, entendemos aún más amplia y descriptiva la disposición general incluida en los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”¹¹⁰:

¹⁰⁸ Cualquier lugar bajo jurisdicción y control del Estado Parte donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito.

¹⁰⁹ Cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública.

¹¹⁰ Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.

Dada la amplitud del anterior concepto, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

En cuando a la privación de libertad, el Protocolo utiliza los términos “detención”, “encarcelamiento” y “custodia”, completando con la característica de que la persona no puede salir libremente del lugar en cuestión. Consideramos que la enumeración es meramente ilustrativa y no agota las posibilidades, como el caso de la internación, la demora, etc.

1.3.b) El nuevo órgano: El Subcomité para la Prevención de la Tortura.

Como indicamos *ut supra*, en el Art. 2º el Protocolo crea el SPT y más adelante dedica buena parte de su articulado (del Art. 5 al 16) a establecer su composición, forma de elección de sus miembros, características que deben reunir éstos, de entre las que

subrayamos la necesaria experiencia en temas vinculados al mandato del órgano, su independencia e imparcialidad. Al igual que con el Comité contra la Tortura, no ahondaremos en estos aspectos del tratado.

No obstante lo dicho, y por su estrecha vinculación con los MNP y las obligaciones de los Estados, lo relacionado con el “mandato” del SPT resulta de interés para el presente estudio. En ese sentido, el Art. 11 dispone:

El mandato del Subcomité para la Prevención será el siguiente:

- a) Visitar los lugares mencionados en el artículo 4 y hacer recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- b) Por lo que respecta a los mecanismos nacionales de prevención:
 - i) Asesorar y ayudar a los Estados Partes, cuando sea necesario, en la creación de sus mecanismos;
 - ii) Mantener contacto directo, en caso necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a fortalecer su capacidad;
 - iii) Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
 - iv) Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a fortalecer la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c) Cooperar, para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En el inciso “a” se reitera la necesidad de las inspecciones o visitas¹¹¹, pero especificando que las mismas tienen por finalidad inmediata la emisión de recomendaciones¹¹² como herramienta de prevención.

El inciso “b” plantea la base de la relación entre el SPT y los MNP, destacando el rol de colaboración y asistencia de aquel respecto de éstos y los Estados. Sólo subrayamos al respecto la posibilidad de hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Parte respecto a la creación, capacidades y mandato de los MNP. Es decir que el SPT tendría potencial injerencia en, por ejemplo, el diseño institucional escogido por algún Estado para su MNP, lo que resulta plenamente coherente y necesario para la operatividad del Protocolo y para disminuir los riesgos de “fachadas” de cumplimiento del Protocolo, falta de independencia o inactividad de los órganos nacionales.

Finalmente, en el inciso “c” se indica el otro aspecto de los cimientos del sistema propuesto, que es la cooperación con los diversos actores de protección de derechos humanos.

Por su parte, en el Art. 12 se establecen las obligaciones a cargo de los Estados Parte tendientes a la consecución del mandato del SPT, y principalmente se refieren a cuatro aspectos: permitir los monitoreos del órgano internacional en sus territorios, facilitar la información que éste solicite, no interferir en la comunicación con los MNP y seguir las recomendaciones que el SPT efectúe, llegado el caso. La inobservancia de estos aspectos se entenderá como una flagrante falta de cooperación del Estado.

Con una –a nuestro criterio- deficiente técnica legislativa, el Art. 14 del Protocolo continúa con las obligaciones de los Estados para con el Subcomité, agregando a las ya mencionadas otras que resultan claramente complementarias y que podrían haber sido incorporadas en la norma del Art. 12. No obstante, en la práctica se traducen en

¹¹¹ Si bien la terminología utilizada a lo largo y ancho del Protocolo se refiere a “visitas”, y ello es razonable en virtud del ánimo cooperativo y tenido en cuenta por razones diplomáticas, preferimos el término “inspección”, que se acoge más a las tareas que se efectúan durante un monitoreo preventivo.

¹¹² Sobre el tema de recomendaciones, sugerimos la lectura y análisis del material “Cómo Hacer Recomendaciones Efectivas”, elaborado en 2008 por la APT disponible en su página web. <https://www.apt.ch/es/resources/publications/como-hacer-recomendaciones-efectivas?cat=17>

obligaciones altamente relevantes para la función del SPT y se trata del libre acceso que debe facilitar y no impedir el Estado Parte respecto de: información de las personas privadas de libertad, trato y condiciones de los lugares de detención en su totalidad (a los que el SPT debe acceder sin restricciones), entrevistas en forma privada y confidencial con los detenidos y, finalmente, la libre elección de los lugares y personas a monitorear. El tratado, en forma acertada, opta por criterios genéricos en relación a los accesos a los que el SPT debe tener plenas garantías, no determinando un listado de dependencias o tipo de información que puede requerir e inspeccionar. Esto se debe a que las posibilidades son muy variadas y disímiles en los distintos territorios.

La norma contempla la posibilidad que tiene el Estado de oponerse temporalmente a la visita, sólo por razones urgentes y apremiantes.

Por su parte, el artículo 15 contiene una obligación altamente necesaria, atento las funciones del SPT, que se entiende como la prohibición absoluta de aplicar o permitir “represalias”¹¹³ a las personas u organizaciones que se hayan comunicado con el organismo internacional. Se trata de una salvaguardia general que, en la práctica, conlleva una serie de cuestiones que a nuestro criterio configuran uno de los mayores desafíos de un órgano, sea internacional o nacional, al momento de efectuar trabajos de monitoreo preventivo. Las medidas y estrategias que un órgano de monitoreo deberá tomar para evitar las consecuencias perjudiciales de sus entrevistas y recepción de información por cualquier medio son muy variadas y delicadas, importan una profesionalidad extrema y un conocimiento previo de un sinnúmero de cuestiones propias de los espacios de privación de libertad. Basta indicar que los sujetos pasibles

¹¹³ Para profundizar el estudio de las denominadas represalias, tema de extrema relevancia al momento de realizar monitoreo preventivo, se recomienda la lectura del cuaderno “Mitigación del riesgo de sanciones relacionadas con el monitoreo en los lugares de detención”, elaborado por la APT disponible en <https://www.apt.ch/es/resources/publications/mitigacion-del-riesgo-de-sanciones>. De igual modo se sugiere la lectura de las “Directrices contra la intimidación o Represalias” también llamadas “Directrices de San José”, refrendado en la vigésima séptima reunión de presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (22 al 26 de junio de 2015), disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/HRI/MC/2015/6>. A lo anterior, podríamos adicional el documento elaborado por el SPT denominado “Política del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sobre las represalias en relación con las visitas previstas en su mandato”, elaborado en su 28º período de sesiones (15 a 19 de febrero de 2016) y publicado el 31 de mayo de 2016. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT-OP/Shared%20Documents/1_Global/CAT_OP_6_Rev-1_7759_S.pdf

de estas represalias pueden ser tanto las/os detenidas/os (quienes sin duda serán los más vulnerables) como miembros de organizaciones de la sociedad civil que hayan suministrado información al SPT, pasando por los mismos integrantes del órgano de inspección, los propios funcionarios encargados de la custodia y terceros.

La confidencialidad que vimos como uno de los principios que deben regir el sistema propuesto por el Protocolo, toma verdadero significado con la norma del Art. 16 que determina la forma de comunicación y publicación de los informes, observaciones y recomendaciones que el órgano realice. Se incluye también aquí la obligación del SPT de presentar un informe anual ante el Comité, que hará las veces de rendición de cuentas tanto para aquél como para los Estados que hayan sido visitados, de acuerdo a las normas de publicidad o mantenimiento de la confidencialidad que contiene el artículo en estudio.

A grandes rasgos, y a modo de resumen del acápite, el procedimiento regular será el siguiente: El SPT decide la visita de un Estado Parte (ver Art. 13) que se llevará a cabo a futuro. Una vez en el territorio, el SPT podrá escoger los lugares a visitar, las personas a entrevistar, etc. El SPT maneja una agenda que se considera confidencial, y va comunicando al Estado de sus traslados dentro del territorio con poca antelación. Terminadas las visitas y aún en territorio, el SPT comunicará verbalmente sus hallazgos preliminares y, posteriormente, enviará a las autoridades del Estado –y al MNP en su caso– vía cancillería las conclusiones, observaciones y recomendaciones, con carácter confidencial. El Estado se encontrará obligado a cooperar, responder con informes, seguir las recomendaciones y podrá publicar ambos aspectos. El SPT, de acuerdo al principio de reciprocidad, podrá asimismo publicar en este caso. Por el contrario, si el Estado decide no cooperar –lo que no ha ocurrido–, el SPT podrá publicar las observaciones e incluso incluirlas en su informe anual.

1.3.c) Los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura.

El Protocolo se encarga de regular los aspectos a observar en relación los estándares y garantías de funcionamiento adecuado de los MNP, no obstante lo ya expuesto respecto de artículos anteriores y relacionados con la temática particular.

De las disposiciones de la Parte IV, resaltamos que se especifica la obligación de mantener, designar o crear el o los MNP ya contenida en el Art. 3, indicando en este caso que el plazo para cumplirla es de un (1) año a contar desde la entrada en vigor del tratado, lo que sabemos ocurrió el 22 de junio de 2006, o de un (1) año desde la ratificación, adhesión por parte del Estado si se produjo con posterioridad a esa fecha.

La norma del Art. 17 subraya que se debe tratar de órganos “independientes”, si bien como antes dijimos no brinda mayores precisiones de diseño institucional. Consideramos que ello se trató de un error, ya que quizás hubiese sido nivelador y favorecedor al sistema de prevención que se indicaran –al menos– algunos estándares en cuanto a su organización y conformación, principalmente que no se integren con representantes de los poderes ejecutivos. Aun así, esta omisión es comprensible teniendo en cuenta el contexto de negociación del texto de un instrumento que, ya de por sí, contenía una buena porción de nuevas obligaciones a los Estados, sumado a las innumerables realidades en cada región o país. Las opciones utilizadas por los distintos Estados que han conformado sus mecanismos son de lo más variadas¹¹⁴, atendiendo a las posibilidades que brindan los Arts. 3 y 17, pero siempre deben subsistir las características que veremos a continuación.

Para salvar en gran medida la omisión antedicha, el Art. 18 contiene una serie de elementos a modo de obligaciones, que funcionan como un “piso” en la integración y operatividad del MNP. En su texto podemos evidenciar un requerimiento de independencia tanto funcional del mecanismo, como de sus miembros o personal, que operan como garantías específicas de no injerencia estatal en su desempeño.

¹¹⁴ Para más información acerca de los diferentes MNP, su conformación y puesta en funciones, ver en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/OPCAT/Pages/NationalPreventiveMechanisms.aspx>.

En los hechos, estas garantías representan la necesaria libre elección de sus monitoreos, la no recepción de directivas por parte de otras autoridades¹¹⁵, en no entorpecimiento de su mandato. En este aspecto es importante señalar que esta independencia no sólo debe ser formal sino plenamente funcional, y que la percepción e imagen pública sea igualmente de independencia y autonomía. Esto cobra especial relevancia en cuanto a la opinión que las personas privadas de libertad que serán entrevistadas tengan del MNP, a los fines de brindar una adecuada salvaguardia de ser necesario, y el mantenimiento de entrevistas sinceras. En este aspecto se suele indicar que el MNP debe encontrarse con plena autonomía respecto de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con personal elegido al efecto y con las prerrogativas necesarias para la labor. “Además, el texto constitutivo de los mecanismos nacionales de prevención deberá definirse de la manera más apropiada para garantizar que el Estado no pueda disolverlos o modificar su mandato por ejemplo a raíz de un cambio de gobierno.”¹¹⁶

Asimismo se pone en cabeza del Estado la responsabilidad de garantizar que los miembros sean personas expertas, con aptitudes y conocimientos profesionales necesarios para integrar el mecanismo¹¹⁷, a lo que se adiciona la representación de géneros, grupos étnicos y grupos minoritarios del país.

¹¹⁵ En especial son inadmisibles las injerencias de los poderes ejecutivos, quienes son en definitiva quienes administran los espacios de detención y tiene a su cargo al personal encargado del uso de la fuerza.

¹¹⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). “El Protocolo Facultativo... Op. cit., p. 123.

¹¹⁷ Para ilustrar este requerimiento y su vinculación con la impronta de prevención que requiere el OPCAT, en el informe del SPT luego de su visita a Suecia entre el 10 y el 14 de marzo de 2008, publicado el 10 de septiembre de ese año, en el parágrafo 36 se puede leer: “*El Subcomité estima que la labor de prevención requiere un grado importante de proactividad. Si bien es cierto que la inscripción, investigación y resolución de denuncias individuales son componentes importantísimos de un plan integral de protección de los derechos humanos, en sí no reúnen los requisitos últimos de la prevención. La prevención exige el examen de los derechos y condiciones desde el momento mismo del inicio de la privación de libertad hasta la puesta en libertad. Ese examen debe hacerse en forma multidisciplinar con la participación, por ejemplo, de la profesión médica, de especialistas en la infancia y el género y de psicólogos, además de tener un enfoque estrictamente jurídico. Eso supone vigilar el cumplimiento de todo el conjunto de derechos humanos con que guarda relación directa o indirectamente la privación de libertad, aun cuando no se formule denuncia alguna. La meta ideal y última de la prevención es que no sea necesario que se presenten denuncias para comenzar.*”

Finalmente la norma reafirma el compromiso de sostenimiento del sistema preventivo al requerir la provisión de los recursos necesarios del MNP para su funcionamiento, lo que hace a la tercera concepción de independencia: la independencia financiera, tan relevante como la funcional y la personal.

El Protocolo agrega a lo ya estipulado que los Estados, al momento de establecer sus MNP, deberán considerar los llamados “Principios de París”¹¹⁸, cuyas disposiciones contienen los estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) u organismos públicos de derechos humanos¹¹⁹. A modo de resumen, cinco son los ejes fundamentales que las INDH deben observar: el monitoreo permanente de toda situación lesiva de los derechos humanos; la cooperación con los poderes de Estado e instancias competentes en toda acción destinada a prevenir y subsanar dichas situaciones; la relación permanente con organizaciones de la sociedad civil y el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, junto al deber de educar e informar en materias de derechos humanos. Como podemos apreciar, se trata de estándares plenamente aplicables a los MNP, con la salvedad que éstos poseen la especialidad de la temática de torturas.

A continuación, y en su Art. 19, el Protocolo establece las facultades mínimas con que debe contar el MNP y que notoriamente hacen a la esencia misma de la labor preventiva. Así, en primer lugar se enumera la facultad de examinar, en forma periódica, el trato que reciben las personas privadas de libertad. Para ello, ya nos hemos encargado de indicar algunas herramientas con que cuentan los MNP (al igual que el SPT), como las inspecciones in situ, las entrevistas (tanto con detenidas/o como con sus familiares, ONGs, etc.), el acceso a todo tipo de información, a todo establecimiento, etc. En segundo lugar, se anuncia la facultad mínima de efectuar recomendaciones. En tercer lugar, otra novedad que trae el instrumento al obligar a los estados a que sus mecanismos puedan efectuar propuestas y observaciones de la legislación (tanto vigente como proyectos en discusión) que haga a su objeto y se encuentre relacionada con la

¹¹⁸ Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales (Principios de París), Aprobados por la Asamblea General en la Resolución N° 48/134, de 20 de diciembre de 1993.

¹¹⁹ En el caso de Argentina, se estaría refiriendo a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación o al Defensor del Pueblo de la Nación.

privación de libertad. Para ello, será conveniente que el marco de diálogo y cooperación, los Estados mantengan informados a los MNP sobre los proyectos de ley y permitirle hacer las propuestas u observaciones y, lógicamente, que éstas sean consideradas¹²⁰.

Al respecto cabe resaltar que el mandato en relación con las inspecciones del mecanismo nacional debe abarcar todos los lugares de privación de libertad en sentido amplio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 inc. 1º.

En el Art. 20 ocurre algo similar –por no decir idéntico– a lo estudiado en el Art. 14 para con el SPT. Es decir, se agregan obligaciones al Estado Parte de garantizar libre acceso a instalaciones, personas, información, etc. al MNP, con la única salvedad que aquí se agrega el derecho de éste de mantener contacto directo con el SPT. No está de más decir que la libertad de monitoreo incluye, asimismo, la de las frecuencias de las inspecciones y que éstas deben ser sin previo aviso.

En el Art. 21 se reitera el deber de protección ante represalias, ya analizado con el Art. 15. Por su parte, en el Art. 22 se dispone la obligación de las autoridades del Estado Parte de examinar, atender y seguir de alguna forma las recomendaciones que efectúe su MNP, promoviendo el diálogo cooperativo. Finalmente, el Art. 23 compromete a los Estados a publicar los informes de sus MNP, si bien no detalla el contenido de dichos informes, lo que hubiese resultado de utilidad para indicar un estándar mínimo de funcionamiento y actividades a realizar por el mecanismo¹²¹.

¹²⁰ En muchos de los informes de visitas que efectúa el SPT se puede evidenciar la insistencia en estas facultades para el logro del objetivo de los MNP. En su oportunidad nos enfocaremos en el caso argentino.

¹²¹ A modo de ejemplo, el Protocolo podría haber indicado que el MNP en su informe anual debe incluir la cantidad de visitas a establecimientos de detención, cantidad de entrevistas realizadas, hallazgos en materia de tortura y malos tratos –salvaguardando la identidad de las víctimas, por supuesto–, recomendaciones realizadas y la respuesta o reacción de las autoridades, gestiones vinculadas a la legislación vigente o en discusión, etc., etc.

1.3.d) Aspectos particulares del Protocolo.

Debemos recordar que el Protocolo contiene una cláusula algo inusual entre sus disposiciones, y es la que se encuentra en el Art. 30, por medio de la cual no se pueden hacer reservas de su contenido. Por supuesto que la realización de declaraciones o aclaraciones se encuentra permitido y sólo se efectuaron once¹²², entre las que destacamos la de Alemania, quien al momento de ratificar el Protocolo indicó que “Debido al reparto de poderes en la República Federal de Alemania, el establecimiento del mecanismo nacional de prevención a nivel de los Länder (Estados Federales) requiere la celebración de un tratado entre ellos, debiendo ser también aprobado dicho tratado por el Parlamento. Como resultado, Alemania debe posponer el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Parte IV del Protocolo Facultativo para una fecha posterior. Se informará al Subcomité lo antes posible de la fecha a partir de la cual estará operativo el mecanismo nacional de prevención.”

Esta posibilidad de posponer –mediante una declaración– el cumplimiento de las obligaciones que conlleva el tratado, se encuentra expresamente contemplada en el Art. 24 inc. 1, y se refiere exclusivamente al retardo –por un plazo máximo de tres años, con una prórroga de hasta dos años más– de las responsabilidades surgidas de las partes III y IV del Protocolo, es decir todo lo atinente al mandato del SPT (en lo que se implique alguna obligación estatal) y lo referido a la conformación del MNP. Cabe indicar que ambas excepciones son alternativas, pudiendo el Estado aplazar el cumplimiento de una de ellas y no ambas a la vez. La disposición parece razonable, máxime teniendo en cuenta que los períodos iniciales de cumplimiento resultan breves y durante ellos se deben contemplar un buen número de acciones y medidas por parte del Estado. Durante

¹²² La información respecto a las firmas, ratificaciones y adhesiones, así como el contenido de las declaraciones de los Estados Parte del Protocolo fueron extraídas del sitio web oficial de la Organización de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&clang=_en

ese período, por ejemplo, podría darse un cambio de gobierno, año electoral o situaciones especiales que ameriten posponer las cuantiosas obligaciones.

Para ampliar lo anterior, debemos decir que el Protocolo se torna plenamente exigible y operativo para los Estados, quienes serán considerados jurídicamente obligados por sus disposiciones, dependiendo del momento en que lo hayan ratificado o se hayan adherido. Reiteramos que el Protocolo entró en vigor el 22 de junio de 2006 (treinta días luego del depósito en poder del Secretario General de las Naciones Unidas del vigésimo instrumento de ratificación); en consecuencia, si el Estado se encontraba en el grupo de aquellos que ratificaron con anterioridad a su entrada en vigor, el instrumento resultó vigente y obligatorio desde el mismísimo 22 de junio de 2006 (Art. 28 inc. 1). Si un Estado ratifica el Protocolo con posterioridad a su entrada en vigor, se vuelve operativo a los treinta días del acto (Art. 28 inc. 2). A este exiguo plazo debemos agregar que los Estados cuentan, originalmente, con el plazo ya aludido de un (1) año para la puesta en funciones del MNP (Art. 17).

Vemos, con estas precisiones técnicas, que la declaración de Alemania se ajusta plenamente a las disposiciones del Protocolo, ya que no sólo informa la dificultad parlamentaria de poner en funcionamiento su MNP en el plazo estipulado en el Art. 17, sino que lo hace en forma exclusiva referida a la Parte IV¹²³.

Al igual que ocurre con la posición de Alemania, Australia, que ratificó el Protocolo en diciembre de 2017, declaró que haría uso del plazo de tres (3) años contemplado en el Art. 24 para dar cumplimiento a la Parte IV. Idéntica situación se da con Bosnia y Herzegovina (que ratificó el 24 de octubre de 2008), Hungría (quien adhirió el 12 de enero de 2012) en su declaración de fecha 7 de febrero de 2012, Kazajstán, Montenegro y Rumania. Cabe mencionar que los Estados que han efectuado este tipo de declaración, tendiente a la obtención de una prórroga de sus obligaciones en temas concretos del Protocolo, tienen la particularidad de haber ratificado o adherido con posterioridad a su entrada en vigor. Los Estados que se sumaron en primera instancia y facilitaron la

¹²³ Es importante señalar que Alemania ratificó el Protocolo el 4 de diciembre de 2008, estando plenamente vigente, por lo que de acuerdo a lo visto se tornaría obligatorio para ese Estado pasados treinta días.

entrada en vigor, pese a no siempre haber cumplido con sus disposiciones no han dejado a salvo esta demora o necesidad de aplazamiento.

Por su parte, Francia (quien ratificó el OPCAT el 11 de noviembre de 2008) realiza una declaración también interesante, en los siguientes términos: “De conformidad con los artículos 15 y 21 del Protocolo Facultativo relativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, ninguna autoridad pública o funcionario francés ordenará, aplicará, autorizará o tolerará sanción alguna contra una persona u organización que haya comunicado información, verdadera o falsa, al Subcomité de Prevención de la Tortura o sus integrantes, así como al mecanismo nacional de prevención, y dicha persona u organización no será perjudicada de ninguna otra forma, siempre que, respecto de la información falsa, la persona o la organización en cuestión no conocía el carácter falaz de los hechos al momento de su denuncia y, de otra parte, sin perjuicio de los recursos legales que puedan utilizar los imputados por el daño sufrido por denunciar hechos inexactos en su contra”. La postura del país galo no resulta antojadiza ya que de una interpretación literal del Protocolo podría entenderse que una persona puede comunicar falsedades, a sabiendas que lo son, a los órganos de monitoreo sin consecuencia alguna; a raíz de ello, Francia efectúa esta distinción dejando a salvo sus derechos como Estado de accionar cuando exista intencionalidad de transmitir información falaz.

1.4) Las obligaciones esenciales que nacen de ambos instrumentos

De lo hasta aquí analizado de la Convención y su Protocolo, podemos extraer algunas notas características respecto a las obligaciones en cabeza de los Estados que nacen a partir de su entrada en vigor. Son muchas las caracterizaciones y clasificaciones que podríamos realizar, por ejemplo atendiendo al órgano o poder estatal que debe cumplirla, si se trata de obligaciones de hacer, no hacer o dejar hacer, el nivel de especificidad de la obligación¹²⁴, etc. Sin embargo, ello redundaría en una reiteración de los compromisos ya analizados en el capítulo anterior y no aportaría elementos nuevos en relación al foco de interés que nos convoca.

Como anticipamos desde el comienzo, pretendemos aquí poner de relieve lo que consideramos más importante de ambos instrumentos y que hacen a la esencia misma y objetivos que se previeron en uno y otro caso. Luego del análisis pormenorizado de las normas que componen la CCT y el Protocolo, llegamos a la síntesis de las dos obligaciones –una por cada instrumento– inherentes y cardinales que, asimismo, conllevan otras obligaciones menores o complementarias que también serán estudiadas en su implementación en Argentina. Así, tenemos:

1.4.a) La configuración del delito de torturas.

La obligación nace principalmente del Art. 4º de la Convención contra la Tortura y, en sentido restringido, implica que el Estado Parte debe entender la tortura como delito y legislar en consecuencia, mediante uno o más tipos penales de acuerdo a su régimen jurídico, así como su tentativa, conforme la definición brindada en el Art. 1º. Asimismo

¹²⁴ En ambos tratados encontramos obligaciones genéricas y otras específicas.

supone que la tipificación penal debe contar con una pena adecuada¹²⁵ y debe contemplar la responsabilidad de los particulares cómplices o partícipes del delito.

Sin embargo, desde una concepción amplia, el cumplimiento de la obligación es mucho más compleja ya que la declaración de la tortura como delito grave, involucra una serie de acciones que abarcan la de asumir la jurisdicción bajo las reglas del Art. 5, la captura del torturador y la cooperación internacional mientras dure el procedimiento de extradición (Arts. 6, 7, 8 y 9), la negativa a extraditar ante sospechas que la persona será sometida a torturas en el Estado requirente (Art. 3), la obligación de investigar, de forma pronta e imparcial, prevista en el Art. 12, la reparación integral de la víctima de torturas (Art. 15) y la nulidad de las declaraciones resultantes de un acto de tortura (Art. 16). Como podemos apreciar, prácticamente todo el tratado guarda relación con el reconocimiento y aceptación del alcance de la definición de tortura, traducida en obligación de tipificarla penalmente como delito.

Volviendo a la obligación original, la que surge del Art. 4, podemos adelantar que la figura de torturas presenta cierta dificultad al momento de su tipificación penal atento a los elementos que la componen y el margen de imprecisión que siempre rodea el concepto, sobre todo respecto de la gravedad de los dolores o sufrimientos y su relación con figuras menos lesivas que, conjugadas con las reglas del derecho penal –como el *in dubio pro reo*–, dejan un importante margen para la impunidad. Los demás aspectos que ordena la CCT, es decir la tentativa y la participación de particulares, no debería –en principio– representar mayores inconvenientes.

No podemos decir lo mismo en cuanto a las ultrafinalidades que contiene la caracterización del Art. 1º y que se presentan como elementos extra a la intencionalidad del autor. Finalmente, la cuestión de la sanción penal que, como veremos más adelante, la solución que terminó plasmando nuestro Código Penal resultó satisfactoria, al menos a criterio del Comité.

¹²⁵ Sin especificar lo que entiende por “adecuada”, como analizamos con anterioridad.

Según la OMCT, “No se exige a los Estados que incluyan textualmente en la legislación nacional la definición que figura en el artículo 1 de la Convención CAT. Sin embargo, el Comité CAT sí ha declarado que los Estados deben incorporar en su legislación un delito específico de “tortura” que tenga, como mínimo, un alcance tan amplio como el de la definición de la Convención¹²⁶. En la práctica, el Comité CAT invita con frecuencia a los Estados a incorporar a sus códigos penales la definición de tortura prevista en el artículo 1.”¹²⁷

A modo de resumen, podemos indicar que la obligación del Estado Parte se satisface en este punto mediante:

- **Tipificación:** El delito de torturas debe ser contemplado como figura autónoma.
- **Caracterización:** El delito debe contemplar la definición del Art. 1º y sus elementos: intención, gravedad de los padecimientos, que éstos pueden ser físicos o mentales, funcionario público como sujeto activo, posibles móviles o ultrafinalidades (esto será finalmente discutido más adelante).
- **Pena:** Se debe sancionar penalmente conforme la gravedad que supone, y los bienes jurídicos en juego.
- **Particulares:** Se debe contemplar la participación de particulares que actúen con complicidad o aquiescencia de los funcionarios.
- **Tentativa:** Se debe, asimismo, sancionar la tentativa.

¹²⁶ Ingelse, C., “The UN Committee against Torture: An Assessment”, Martinus Nijhoff Publishers (2001), pp. 218-220, 338-341. Véase, por ejemplo, observaciones finales sobre México, (2012) Doc. ONU CAT/ MEX/CO/5-6, párr. 8; observaciones finales sobre el Togo, (2006) Doc. ONU CAT/C/TG/CO/1, párr. 10; observaciones finales sobre Camboya, (2005) Doc. ONU CAT/C/CR/31/7, párr. 6; observaciones finales sobre Azerbaiyán, (2003) Doc. ONU CAT/C/CR/30/1 y Corr.1, párr. 88; observaciones finales sobre Israel, (1994) Doc. ONU A/49/44, párr. 170; observaciones finales sobre la Federación de Rusia, (1997) Doc. ONU A/52/44, párr. 43.

¹²⁷ Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT). *Cómo hacer valer...* Op. Cit., pp. 274 y 275

1.4.b) La creación de Mecanismos Nacionales de Prevención.

Al momento de analizar el Protocolo Facultativo, pudimos ver que su concepción general y espíritu estaban encaminados a la prevención, utilizando para ella una de las herramientas más efectivas posibles como es el monitoreo de los espacios donde la tortura se suele perpetrar. Con ese objetivo, el Protocolo no se limitó a la creación de un nuevo órgano internacional con amplias facultades de visita y cooperación con los Estados, sino que también puso en cabeza de éstos la obligación de crear, designar o mantener grupos de expertos en su territorio, con similares funciones y prerrogativas que el Subcomité, a los que llamó Mecanismos Nacionales de Prevención.

Esta obligación nace de los Arts. 3 y 17 del OPCAT, aunque continúa ampliando y especificando sus características, vinculación con el SPT y otras cuestiones a lo largo de todo el articulado y, en efecto, un capítulo completo del Protocolo (Parte IV) está dedicado a definir su mandato, funciones y facultades. Al igual que en la obligación del Art. 4 de la CCT previamente resaltada, en verdad no se trata de una obligación aislada, sino que guarda relación con absolutamente todo el Protocolo que, más que una serie de órganos, dispone la generación de todo un sistema cooperativo de prevención de la tortura.

La responsabilidad estatal, de acuerdo a la comprensión armónica y de buena fe del tratado, comprende la creación formal del Mecanismo¹²⁸, la dotación de los recursos suficientes para funcionar, la correcta determinación de los criterios y cualidades de sus integrantes, la puesta en funciones, la facilitación y no obstaculización de sus tareas, el seguimiento de las recomendaciones, la observancia de los informes anuales, etc., etc.

Para brindar mayores precisiones a la letra del Protocolo, en este caso, podemos recurrir a las opiniones plasmadas en diversos documentos, guías y manuales destinados a

¹²⁸ Lo que implica su creación por ley, o la designación de otra autoridad u organismo, dándole el estatus de Mecanismo. El mandato y las facultades del mecanismo nacional de prevención deberán enunciarse de manera clara en forma de texto constitucional o legislativo.

favorecer una correcta implementación de la obligación en análisis, y que podríamos sintetizar –sin agotar– en las siguientes fuentes:

- a) Los informes que el SPT ha realizado como producto de sus diversas visitas a los Estados Parte del Protocolo¹²⁹.
- b) El documento específico de “Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención” emitido por el propio SPT.¹³⁰
- c) el Instrumento analítico de evaluación de los mecanismos nacionales de prevención del SPT.¹³¹

Respecto a los dos últimos documentos, es importante mencionar que el SPT en su mandato de cooperación¹³² no realiza una evaluación o calificación formal de los mecanismos nacionales existentes o en discusión, debiendo mantener vínculos con aquella autoridad u organismo que el Estado designe como MNP, sea cual fuere su configuración.

Sin embargo, si es tarea propia del órgano la emisión de recomendaciones, guías y estándares que se van perfeccionando con el devenir del desempeño de su labor y experiencia acumulada. En ese orden de ideas, los instrumentos y documentos mencionados se presentan como guías y denotan las expectativas que el SPT mantiene respecto de la puesta en funciones de un órgano local. Debemos decir que muchas de las sugerencias van destinadas a las estrategias que el propio MNP debe considerar en su

¹²⁹ En el siguiente enlace oficial se puede acceder a la información relativa a los países visitados por el SPT, las fechas de las visitas, los informes y recomendaciones emitidos por el órgano y los comentarios recibidos de parte de los Estados. Sugerimos su lectura para profundizar las actividades del SPT https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/CountryVisits.aspx?SortOrder=Chronological&lang=es

¹³⁰ SPT “Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”. CAT/OP/12/5. 12º período de sesiones Ginebra, 15 a 19 de noviembre de 2010, cuya publicación fue el 9 de diciembre de 2010. En: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/CAT/OP/12/5#:~:text=El%20mecanismo%20nacional%20de%20prevenci%C3%B3n%20debe%20planificar%20su%20trabajo%20y,o%20penas%20cruelles%2C%20inhumanos%20o>

¹³¹ SPT “Instrumento analítico de autoevaluación de los mecanismos nacionales de prevención. Guía preliminar del Subcomité para la Prevención de la Tortura sobre el funcionamiento de un mecanismo nacional de prevención.” CAT/OP/1. Publicado el 6 de febrero de 2012 por el SPT. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/SPTanalytical_toolsNPM-Spanish.pdf

¹³² Reiterado en las normas contenidas en los Arts. 2, 11 inc. b, 16 inc. 1, y en el espíritu general del Protocolo.

labor, y no tanto a las obligaciones que el Estado debe cumplimentar (esto es muy notorio en el “Instrumento analítico de autoevaluación”).

De estas y otras fuentes se nutre la guía práctica elaborada recientemente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ¹³³ referida al rol de los Mecanismos, en donde se indican numerosos aspectos a considerar, ya que el cumplimiento del Protocolo Facultativo incluye no sólo el establecimiento de MNP, sino también la garantía de su funcionamiento efectivo. La guía se complementa con una matriz de evaluación actualizada que será incorporada como anexo al presente, y que contempla todos los estándares en materia de MNP.

De todo el material mencionado, ponemos en relieve algunos aspectos que consideramos novedosos en relación a lo expuesto hasta ahora en los apartados precedentes:

- a) “El mecanismo nacional de prevención debe ser un complemento y no un sustituto de los actuales sistemas de supervisión, por lo que su creación no debe impedir la creación o el funcionamiento de otros sistemas complementarios.”¹³⁴ En esta referencia, el SPT explicita los principios de complementariedad y subsidiariedad, necesarios en la práctica ya que las autoridades que venían realizando tareas de monitoreo (juzgados de ejecución, ministerios públicos fiscales y de la defensa, etc.) no deben dejar de hacerlo bajo pretexto de la puesta en funciones de un órgano específico para ello. En algunos Mecanismos Nacionales se ha decidido integrar, de algún modo, a los demás actores que cumplen funciones compatibles con el Protocolo, a efectos de coordinar acciones. Esto es lo que ocurre en el caso de Argentina como veremos en el próximo capítulo y a modo de ejemplos foráneos podríamos citar los casos de

¹³³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Prevención de la Tortura. El Papel de los Mecanismos Nacionales de Prevención. Guía Práctica. Serie de Capacitación Profesional N° 21”. Nueva York y Ginebra, 2018. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/NPM_Guide_SP.pdf

¹³⁴ SPT. *Directrices relativas a...* Op. Cit. Parágrafo 5.

los MNP de Brasil¹³⁵, Alemania¹³⁶ y el especialmente interesante caso de Nueva Zelanda¹³⁷.

- b) La creación o designación debe ser legal (o constitucional) y la duración de los mandatos de sus integrantes expresamente determinados, así como las causales de remoción, como refuerzo a la independencia funcional y personal. Asimismo, el proceso de creación y, entendemos, de selección de sus miembros debe ser público, transparente y representativo, dando especial intervención a la sociedad civil. El Estado debe garantizar la independencia del mecanismo nacional de prevención y abstenerse de nombrar miembros que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses¹³⁸.
- c) “El mecanismo nacional de prevención, sus miembros y su personal deben estar obligados a revisar periódicamente sus métodos de trabajo y perfeccionar su formación con el fin de mejorar el desempeño de las funciones encomendadas en virtud del Protocolo Facultativo.”¹³⁹ A lo que se puede adicionar la recomendable planificación para poder cubrir todos los espacios de detención y con una frecuencia adecuada, implicando visitas de seguimiento. No debemos olvidar que el mandato de los MNP consiste en examinar el trato que reciben las personas que se encuentran privadas de libertad, con miras a reforzar el sistema de prevención.

¹³⁵ Que crea un Sistema Nacional para Prevenir y Combatir la Tortura, integrado por el Comité Nacional de Prevención y Lucha contra la Tortura, el Mecanismo Nacional de Prevención y Lucha contra la Tortura, el Departamento Penitenciario Nacional, el Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria, los comités locales y otros actores e instituciones.

¹³⁶ Que reúne al órgano de monitoreo en establecimientos federales (Organismo Federal para la Prevención de la Tortura) y al de monitoreo en los estados (Comisión Conjunta de Länder para la Prevención de la Tortura). Este caso es interesante a la luz de la realidad argentina, que también cuenta con la Procuración Penitenciaria de la Nación con competencia federal, lo que será objeto de mención en su momento.

¹³⁷ En cuyo caso se designó a la Comisión de Derechos Humanos en un rol de coordinación de los cuatro MNP creados de acuerdo a criterios de especificidad: 1) El Defensor del Pueblo, que supervisa prisiones o instalaciones de migrantes, de detención de salud y discapacidad y residencias de justicia penal juvenil; 2) La Autoridad Independiente para la Conducta de la Policía, para monitoreo de establecimientos policiales; 3) El Comisionado de la Infancia para la supervisión de niñas, niños y adolescentes en residencias y 4) El Inspector de los Centros de Servicios Penitenciarios, cuyo nombre indica su foco de interés.

¹³⁸ SPT. *Directrices relativas a...* Op. Cit. Parágrafos 7, 9, 16, 18.

¹³⁹ Ídem. Parágrafo 31.

- d) El MNP debe presentar a las autoridades del Estado propuestas y observaciones sobre las políticas públicas relacionadas a su mandato, debe preparar informes y recomendaciones surgidas a partir del monitoreo y establecer procedimientos de seguimiento del cumplimiento de las mismas. En sus informes, el MNP debe tener especial cuidado y criterios de resguardo de la información confidencial que obtenga de las entrevistas.¹⁴⁰
- e) El MNP debe mantener contactos con sus pares de otros Estados y, como se ha reiterado, con el SPT para intercambios de experiencias y mejoramiento su eficacia.¹⁴¹

Para ilustrar en concreto algunos de los pormenores en las labores de los MNP, en Argentina en 2014 se estableció un Área responsable de la implementación del Protocolo Facultativo en el país. Luego de una experiencia de diálogo con distintos actores, esta Área emitió un documento general y otros específicos dirigidos a las autoridades de las provincias. En el primero, podemos leer respecto de los órganos de monitoreo:

Entre sus atribuciones más importante está la de llevar adelante las visitas periódicas y extraordinarias no anunciadas a los lugares de detención (...), realizando entrevistas confidenciales con las personas privadas de libertad (en los lugares en que las mismas se encuentran, como ser celdas y pabellones) e inspeccionando registros y documentación relevante. El objetivo de las visitas es identificar condiciones o situaciones sistémicas o puntuales que permitan o faciliten la comisión de actos de torturas y malos tratos. A partir de dichos hallazgos realizar informes en los que se expongan todas las observaciones, para desarrollar recomendaciones pertinentes, con énfasis en la prevención, para que cesen tales prácticas y situaciones. Y, a los fines de lograr la implementación de las recomendaciones, establecer y sostener un diálogo cooperativo con el Estado y la sociedad civil. El Estado, por su parte, está obligado a sostener dicho diálogo cooperativo, tendiente a la implementación de las recomendaciones del

¹⁴⁰ Ídem. Parágrafos 33 a 38.

¹⁴¹ Ídem. Parágrafos 39 y 40.

Mecanismo. Este debe, además, realizar un seguimiento de la implementación de las recomendaciones y evaluar su impacto en términos de prevención¹⁴².

Aquí debemos hacer un distingo entre las obligaciones del Estado y las que quedarán en cabeza del propio MNP una vez constituido, en su caso. Si bien a los fines internacionales se trata de una unicidad de sujeto responsable –el Estado Parte–, es evidente que se pueden efectuar claras distinciones entre un caso y el otro. Lo que con preferencia hemos decidido estudiar en este trabajo han sido aquellas obligaciones legislativas y fundacionales del Mecanismo, quedando fuera las propias de su funcionamiento práctico¹⁴³.

A modo de síntesis, el Estado Parte podrá cumplir con sus obligaciones específicas cuando:

- **Creación:** Establezca, designe o mantenga uno o más MLP (Arts. 3 y 17).
- **Competencia:** El MNP tenga competencia en todos los lugares de detención, en sentido amplio (Art. 4.1), en todo el territorio nacional (Arts.3 y 4).
- **Independencia:** El MNP sea funcionalmente independiente (Arts. 17 y 18.1)
- **Integración:** El MNP esté integrado por personas independientes, aptas y con experticia en temáticas afines (Art. 18.2). Que a su vez tengan perfil multidisciplinario y se respeten las diversidades.
- **Recursos:** El MNP cuente con recursos humanos, financieros y logísticos suficientes para sus funciones (Art. 18.3).
- **Funciones:** El MNP cuente, entre sus funciones, al menos las siguientes: hacer visitas de monitoreo preventivo (Art. 19.a), emitir recomendaciones sobre el trato

¹⁴² Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. “Construcción de consensos federales para la implementación del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura de Naciones Unidas en la Argentina. Recomendaciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para la creación y desarrollo de los Mecanismos Locales de Prevención de la Tortura”. Año 2015. Pág. 8. Disponible en http://www.jus.gob.ar/media/2809188/5-conadi_-_recomendaciones_sobre_mlp.pdf

¹⁴³ Un MNP constituido cumpliendo todos los estándares como provisión de recursos, personal idóneo, etc., en la práctica podría resultar –vgr.– en una entidad sin capacidad de diálogo cooperativo con las autoridades, con escasas visitas de inspección, erróneas estrategias en la comunicación con las personas privadas de libertad, que carezca de habilidades en materia de recomendaciones, etc.

de las personas privadas de libertad (Art. 19.b) y hacer propuestas y observaciones sobre legislación (Art. 19.c).

- **Atribuciones:** El MNP tenga las siguientes facultades: acceso a información, acceso a todos los lugares de detención, posibilidad de entrevistas confidenciales con detenidos, libertad de elección de lugares a visitar y personas a entrevistar, comunicación con el SPT (Art. 20).
- **Rendición de cuentas:** El MNP emita, al menos, un informe anual con los resultados de su labor (Art. 23).

Como podemos apreciar, ambas obligaciones resaltadas (Acápites 1.4.a y 1.4.b de la tesis) se traducen en acciones de carácter eminentemente legislativas que los Estados Parte de uno y otro instrumento deben cumplir. Sin embargo, no debemos soslayar el fuerte componente político que implica, por un lado, sancionar la tortura con la fuerza que requería la Convención y, por el otro, implementar un sistema de organismos nacionales cuyo mandato es el de visibilizar los espacios de privación de libertad¹⁴⁴. La elección de estas dos obligaciones como relevantes por encima de las demás que surgen de cada tratado responde a que, para nuestro criterio, sintetizan el espíritu de ambos textos y constituyen la piedra basal sobre la que se puede avanzar con las demás. Sin la observancia de estas dos obligaciones, el Estado no podría dar por cumplido ninguno de los demás compromisos.

¹⁴⁴ No está de más decir al respecto que las cárceles y comisarías, los institutos monovalentes de salud mental, los centros de detención de jóvenes, etc., son espacios que rara vez despiertan interés político y, cuando lo hacen, no es precisamente en la lógica de resguardo a los derechos humanos. En ese orden de ideas, instituir un órgano público para su monitoreo, resulta en una verdadera decisión política. Esto se ve mucho más marcado en el funcionamiento de los mecanismos, en donde las autoridades públicas no sólo deberán permitir las inspecciones, sino atender los informes y recomendaciones y actuar en consecuencia. Difícil tarea, desde luego.

CAPÍTULO 2: La implementación de la CCT y el Protocolo Facultativo en Argentina.

A partir de este punto vamos a estudiar el grado de implementación de las dos obligaciones resaltadas como más relevantes que surgen de la CCT y del Protocolo en el caso de Argentina, bajo el prisma de los principios del derecho internacional *pacta sunt servanda* y buena fe analizados en el primer capítulo.

2.1) La incorporación de los tratados al derecho interno.

Los tratados internacionales, y en particular los relativos a derechos humanos, suelen partir de una extensa negociación entre los Estados. Luego de adoptado un texto acordado entre los actores intervinientes, entre los que suelen estar los equipos de expertos u oficinas específicas de Naciones Unidas además de los representantes estatales, se procede a la instancia de aprobación, es decir la vinculación jurídica y asunción de compromisos y obligaciones ante la comunidad internacional. Para que un determinado Estado pueda ser “parte” de una convención o tratado, se puede proceder a la firma y la ratificación o mediante la adhesión.

Por su parte, los Protocolos Facultativos si bien se encuentran vinculados, como hemos previamente señalado se consideran independientes de la convención de la cual derivan y es preciso ratificarlos o adherirse a ellos de forma separada, aunque el proceso sea el mismo. Como hemos indicado, existen dos posibilidades al respecto: que para ratificar el protocolo sea requisito previo ser parte de la convención original (como ocurre con la CCT y su Protocolo que estamos analizando), o que se pueda adherir al protocolo en forma independiente (como ocurre con la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos).

Entre las acciones tendientes a integrar a un Estado como parte de un tratado, la firma constituye una muestra de apoyo preliminar al mismo, una suerte de compromiso y manifestación clara de voluntad estatal. Si bien la firma no resulta vinculante, si establece la obligación del Estado de abstenerse de realizar actos que vayan abiertamente en contra de los objetivos y el propósito del tratado, o de tomar medidas que lo debiliten.

La ratificación o adhesión representan el compromiso, jurídicamente vinculante, de acatar las disposiciones de la Convención. Así, las obligaciones se tornarán exigibles al momento de la entrada en vigor del instrumento. La diferencia radica en que en el caso

de la ratificación, el Estado primero firma y luego ratifica el tratado, mientras que la adhesión supone que el Estado no lo firmó previamente¹⁴⁵.

El Estado Argentino, como sabemos, tuvo un rol protagónico en el proceso de aprobación de la CCT¹⁴⁶ y de su Protocolo¹⁴⁷ al firmar ambos instrumentos de forma temprana y ratificarlos de igual manera, colaborando de ese modo a la generación de la masa crítica necesaria para su entrada en vigor, en conjunto con los demás países de la región.

Específicamente Argentina –siguiendo las previsiones del Art. 25– procedió a la firma de la Convención contra la Tortura el 4 de febrero del año 1985. Para su ratificación se sancionó la Ley 23.338¹⁴⁸, procediendo luego al depósito de su texto en poder del Secretario General de Naciones Unidas, quedando formalmente ratificada el 24 de septiembre de 1986. La ley, básicamente contiene la aprobación del texto del tratado (que integra la misma legislación) y la declaración expresa mediante la cual la República Argentina, al depositar el instrumento, reconoce la competencia del Comité contra la Tortura para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la convención¹⁴⁹ y el reconocimiento de la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación de las disposiciones de la convención¹⁵⁰.

¹⁴⁵ La ratificación, al igual que la adhesión requieren dos medidas por parte del Estado: La primera es que el organismo apropiado del país acepte las obligaciones pertinentes del tratado (en el caso de Argentina, mediante la sanción de una Ley formal del Congreso de la Nación). La segunda es que se prepare el instrumento de ratificación o adhesión, una carta oficial sellada donde se explique la decisión, firmada por la autoridad responsable del Estado, y se deposite ante el Secretario General de las Naciones Unidas en Nueva York.

¹⁴⁶ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_fr

¹⁴⁷ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&clang=_fr

¹⁴⁸ Ley N° 23.338. Sancionada el 30 de julio de 1986 y promulgada el 19 de agosto de 1986.

¹⁴⁹ Situación prevista en el Art. 21 de la CCT.

¹⁵⁰ Lo que se encuentra previsto en el Art. 22 de la CCT.

Por su parte, el Protocolo Facultativo fue firmado el 30 de abril de 2003 y ratificado el 15 de noviembre de 2004, luego de resultar aprobado por Ley N° 25.932¹⁵¹.

Recordando que la Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987 y el Protocolo el 22 de junio de 2006, en ambos casos nuestro país ratificó los tratados en estudio en forma previa a que fuera plenamente exigible para los Estados Parte. Quizás esta situación –que genera una incertidumbre respecto a la fecha concreta de su entrada en vigor– haya generado la omisión por parte de Argentina de la declaración prevista en el Art. 24 inc. 1 del Protocolo, relativa a la postergación temporal de la obligación de constituir su MNP¹⁵². En efecto, la declaración hubiese sido necesaria ya que como veremos, la creación y puesta en funciones del Sistema Nacional de Prevención sufrió demoras, muy por sobre el plazo de un (1) año convencionalmente establecido.

La CCT, además de su promulgación legal, tuvo un importantísimo paso más, que fue su incorporación como tratado con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. Esta elevación de rango del instrumento nos lleva a pensar en su relevancia, máxime teniendo en cuenta el momento histórico en que se llevaron a cabo las reuniones y dictámenes de comisión¹⁵³, de cuya lectura surge de los distintos oradores el eco de las prácticas durante la dictadura militar.

No vamos a ahondar en la naturaleza y consecuencias de dicha jerarquización de la CCT en el “bloque de constitucionalidad federal”, pero sí destacar que la reforma constitucional, en una buena medida, viene a ratificar lo ya expuesto respecto del Art. 27 de la Convención de Viena que dispone que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo que se torna relevante al analizar el tipo penal de torturas en el Código Penal

¹⁵¹ Ley N° 25.932. Sancionada el 8 de septiembre de 2004 y promulgada de hecho el 30 de septiembre de ese mismo año.

¹⁵² Que, como vimos en su momento, algunos países sí efectuaron, en una clara muestra de respeto, compromiso internacional y sinceramiento de las posibilidades reales de cumplimiento.

¹⁵³ Concretamente en referencia a la modificación del Art. 75 inc. 22, se llevaron a cabo los días 2 y 3 de agosto de 1994. Ver en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.%2075,%20incisos%2022,%2023,%20primer%20p%C3%A1rrafo%20*,%20y%2024

y la obligación del Art. 4 de la CCT. Con la formulación del Art. 75 inc. 22 queda evidenciada la jerarquía superior a las leyes de los instrumentos allí indicados, más los tratados de derechos humanos que cuenten con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, así como la existencia de tratados que no gozan de esa jerarquía constitucional. Entendemos que en este último caso se encuentra el Protocolo Facultativo, ya que si bien es un instrumento adherido a la CCT y adicional de ésta, su incorporación al rango constitucional requeriría de los dos tercios (2/3) luego de ser aprobado, lo que no ha ocurrido hasta el momento.

En todo caso, y pasando por alto las discusiones sobre posturas monistas o dualistas, problemas de rangos legales, etc., entendemos que los tratados de derechos humanos, independientemente de su situación jerárquica, deben entenderse como complementarios de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y, en caso de conflictos entre unos y otros, prevalecerá siempre el que otorgue mayor protección a la víctima, por imperio del principio *pro persona*. En ese orden de ideas, la Corte IDH en su segunda Opinión Consultiva¹⁵⁴ manifestó su parecer respecto:

29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, relativa a “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf

A mayor abundamiento, el Comité contra la Tortura examinó el segundo informe periódico de la Argentina¹⁵⁵ en sus sesiones 122^a a 124^a, celebradas los días 11 y 12 de noviembre de 1992. En sus consideraciones iniciales, se menciona la declaración escrita que efectuó el representante nacional ante el órgano, mediante la cual “conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando una convención internacional en la que la Argentina era parte estaba en desacuerdo con su derecho interno, la Argentina concedía prioridad a la convención internacional. Cuando la Argentina ratificaba un instrumento internacional, sus disposiciones podían ser aplicadas inmediatamente por los órganos administrativos y judiciales internos.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ CAT/C/17/Add.2

¹⁵⁶ Comité contra la Tortura Informe sobre el cuadragésimo octavo período de sesiones Suplemento N° 44 (A/48/44), 24 de junio de 1993. Pár. 89.

2.2) El delito de torturas en el Código Penal argentino.

2.2.a) Breve reseña histórica.

El desarrollo del delito penal de torturas ha tenido, en el caso argentino, una interesante evolución hasta nuestros días ya que su abolición se produjo oficialmente en la Argentina hace poco más de doscientos años y debieron pasar casi ciento cincuenta años más para que tuviera estipulada una sanción penal.

En aquel entonces, la Asamblea del Año XIII abolió el uso de los tormentos, dirigidos a obtener confesiones mediante la coacción física y psíquica de las personas sometidas al poder estatal, y ordenó quemar en la plaza pública todos los instrumentos de tortura. En una de las sesiones del mes de mayo de 1813¹⁵⁷ la Asamblea manifestó:

El hombre ha sido siempre el mayor enemigo de su especie, por un exceso de barbarie ha querido demostrar que él podía ser tan cruel como insensible al grito de sus semejantes. Él ha tenido a la vez la complacencia de inventar cadenas para ser esclavos, de erigir cadalsos para sacrificar víctimas y, en fin, de calcular medios atroces para que la misma muerte fuese anhelada como el único recurso de algunos desgraciados. Tal es la invención horrorosa del tormento adoptado por la legislación Española para descubrir los delinquentes. Solo las lágrimas que arrancará siempre a la filosofía este bárbaro exceso, podrán borrar con el tiempo de todos los códigos del Universo esa ley de la sangre, que no dejando ya al hombre nada que temer lo ha hecho quizás por lo mismo más delincuente y obstinado. “Este crimen merece ser expiado por todo el género humano”, y anticipándose la Asamblea a cumplir su deber en esta parte ha resuelto por aclamación lo siguiente: ‘Mayo 21 de 1813 - La Asamblea General ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación, para el esclarecimiento de la verdad é investigación de los crímenes, en cuya virtud serán inutilizados en la plaza

¹⁵⁷ Que algunas fuentes sitúan el día 13 y otras el día 21 de mayo.

mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo los instrumentos destinados a este efecto. -Juan Larrea (Presidente).-Hipólito Vieytes, Secretario'.¹⁵⁸

La tortura o los tormentos, como podemos apreciar, nacieron de la mano del proceso penal, con el amparo legal. Es decir, la crueldad de la mortificación física y psíquica se dieron con el “objetivo procesal” de obtener la confesión de un delito, para que el imputado comprometiera a los cómplices o para salvar las posibles contradicciones en las que podría haber incurrido la persona en cuestión. Antes de la abolición internacional de la tortura, antes de las corrientes abolicionistas del tormento, citando como uno de sus precursores a Césare de Beccaria¹⁵⁹, su utilización estaba contemplada dentro del proceso penal y era la base de la denominada “reina de las pruebas”, que era la confesión.

Tomando como base esa concepción utilitaria procesal de la tortura, en nuestro país desde el año 1812 y teniendo en cuenta las discusiones que se daban en Europa sobre el particular, se comenzaron a formular intentos de abolirla. La mayor expresión de este movimiento fue la resolución de la Asamblea del Año XIII transcrita.

El proyecto constitucional de Juan Bautista Alberdi de 1852 –que sirvió como una de las fuentes de la Constitución de 1853–, en su Artículo 19º se refería directamente al tormento con una fórmula extremadamente cruda y gráfica: “El tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre y en todas las circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego.

¹⁵⁸ Cita de la Campaña Nacional contra la Tortura, llevada a cabo por la Defensoría General de la Nación, junto con otras instituciones y organismos nacionales e internacionales con motivo de la conmemoración del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813. Disponible en [https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/tortura/FOJAS0%20\(10022013\).pdf](https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/tortura/FOJAS0%20(10022013).pdf)

¹⁵⁹ Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quien en su ensayo *Dei delitti e delle pene* o “De los delitos y de las penas”, publicado en su versión final en 1764, trata la temática desde una perspectiva sumamente crítica y abolicionista. La obra, consistente más en proclama política e ideológica que en un estudio jurídico o científico (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Manual de Derecho Penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2015, p. 219), resultó de gran utilidad para el posterior establecimiento de un sistema penal más justo y humanizado, atendiendo a la finalidad de las penas.

Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia.”¹⁶⁰

Por cuestiones de “decoro”, estas expresiones de la lanza y el cuchillo fueron omitidas, quedando el texto actual del Art. 18 de nuestra Constitución de 1853, en su parte final que dice: “...Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

No obstante el texto constitucional y los antecedentes expuestos, no fue sino hasta el año 1958, con la Ley N° 14.616¹⁶¹, que se sancionó la tortura y los malos tratos como delitos al incorporar los Arts. 144 bis y 144 tercero al Código Penal. El texto concreto del tipo de torturas era el siguiente:

Artículo 144 (terc.). — Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento. El máximo de la pena privativa de la libertad se elevará hasta 15 años si la víctima fuese un perseguido político. Si resultare la muerte de la persona torturada, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de 10 a 25 años.

Luego, producto de la misma causa que los instrumentos internacionales relacionados con la tortura y el pasado reciente de regímenes totalitarios, agravado en el caso por la penosa experiencia de la dictadura cívico-militar en Argentina a partir de 1976, se

¹⁶⁰ Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/16.pdf>

¹⁶¹ Ley N° 14.616. Sancionada el 30 de septiembre de 1958 y promulgada el 13 de octubre de 1958.

produjo la reforma definitiva con el texto actual que trajo la Ley N° 23.097¹⁶², cuyo texto dispone:

ARTICULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Las modificaciones entre el texto de 1958 y el de 1984 son múltiples y esenciales a la figura, ya que:

1º) Se suprime la palabra “tormento” para utilizar directamente “torturas” (aunque en el último párrafo la vuelve a utilizar);

2º) La pena de prisión se agravó considerablemente, ya que de la escala de 3 a 10 años en el tipo básico, se pasó a los 8 a 25 años actuales, equiparando la escala con la del homicidio. Lo propio ocurre en caso de fallecimiento de la víctima, pasando de 10 a 25 años de prisión, a prisión perpetua;

¹⁶² Ley N° 23.097. Sancionada el 28 de septiembre de 1984, publicada en el Boletín Oficial el 29 de octubre.

- 3º) Se agrega que la privación de libertad puede ser tanto legítima como ilegítima;
- 4º) Se incorpora el “poder de hecho” en manos del perpetrador, como presupuesto del tipo;
- 5º) Se elimina el agravante cuando la víctima era un perseguido político;
- 6º) Se adiciona la responsabilidad penal de los particulares que participen en los actos de tortura;
- 7º) Ahora se prevé un agravante para el caso de lesiones gravísimas;
- 8º) Conteste con la tendencia universal, en el tercer párrafo se agregan los graves sufrimientos psíquicos como configurativos de la tortura.

Además de lo anterior, la Ley 23.097 completó el catálogo y posibilidades derivadas de un hecho de la gravedad de la tortura, incorporando otros tipos penales como la omisión de evitar o denunciar torturas y las torturas posibilitadas por la negligencia.

Después de este fugaz repaso histórico¹⁶³ y aclarados los contrastes con el texto legal previo, debemos centrar nuestra atención en la figura actual, analizando los aspectos técnicos del delito que nuestro legislador decidió incorporar al Código Penal, poniendo énfasis a su compatibilidad con la obligación generada por el Art. 4º de la CCT conforme vimos en el acápite “1.4.a” del presente trabajo. Para ello, vamos a contemplar –sin agotar la temática– los bienes jurídicos protegidos, los presupuestos del tipo, las modalidades de consumación, la tentativa, autoría y participación, desmenuzando los elementos de la figura típica en sus elementos objetivos y subjetivos, conducta típica, sujetos activos y pasivos, etc.

¹⁶³ Para profundizar el estudio de la temática, se recomienda la lectura de “La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Realidad social y regulación jurídica” Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, a cargo del Dr. Pablo Gabriel Salinas, actual Juez Federal de Mendoza, quien en esta relevante tesis doctoral propone un repaso histórico y jurídico crítico del fenómeno de la tortura, centrando su atención en el caso de Argentina y su última dictadura cívico-militar.

2.2.b) Aspectos técnicos del delito de torturas.

Lo primero que llama la atención respecto al delito de torturas, incluso desde su formulación inicial de 1958, es su ubicación en el Título V del Libro Segundo del Código Penal, dedicado a los “Delitos contra la libertad” y, dentro de éste, en el Capítulo I, destinado a reunir a los “Delitos contra la libertad individual” que se integra por tipos penales muy disímiles, en los que, verbigracia, no siempre se requiere la necesaria participación de un funcionario público, pero cuyo factor aglutinante es la pérdida, disminución o limitación de la libertad constitucional, es decir, en un sentido amplio. Para poder comprender esta decisión del legislador, debemos referirnos primero a los bienes jurídicos que se intenta proteger en el caso concreto de la tortura, los que guardan estrecha relación con los presupuestos del tipo y los sujetos que intervienen.

Bienes jurídicos tutelados.

Si evocamos la conceptualización de la tortura de la CCT, e incluso el tipo objetivo previsto en el Código Penal, en donde se resalta el grave padecimiento o sufrimiento físico o mental de la víctima, podemos apreciar indubitablemente que al menos uno de los bienes afectados resulta ser la *integridad psico-física y moral*. No obstante ello, el delito en cuestión posee la cualidad de ser pluriofensivo¹⁶⁴, ya que el avasallamiento trasciende los derechos individuales de la persona y se refleja en más de un bien objeto de tutela, vulnerando por encima de los demás a la *dignidad* de la persona, sumado a la afectación de la *integridad*, la *libertad individual*¹⁶⁵ y la *función pública*, como veremos a continuación.

¹⁶⁴ También llamados tipos compuestos, destinados a la protección de más de un bien jurídico. Otro caso, además de muchos de los comprendidos en el Título V, es el de la extorsión, que además de tratarse de un delito contra la propiedad, atenta contra la libertad individual.

¹⁶⁵ Lo que justifica la inclusión, no sólo de la tortura, sino de los demás malos tratos que veremos más adelante, en el Título V “Delitos contra la libertad”.

Con respecto a la *dignidad* como bien resguardado por la norma, ello se evidencia desde el preámbulo de la Convención contra la Tortura donde se reconoce que los derechos humanos, iguales e inalienables, emanan de la “dignidad inherente de la persona humana”.

Incluso antes de la aprobación de la CCT, en una de sus fuentes que es la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”¹⁶⁶, en su Art. 2º se dispone: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la *dignidad* humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

Por su parte y en sintonía, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁷ en su Art. 5.2 establece “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la *dignidad* inherente al ser humano.”

Finalmente, y muy lejos de agotar las fuentes internacionales donde se destaca a la dignidad humana como el máximo objeto de protección de los sistemas de derechos humanos, desde los considerandos iniciales de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”¹⁶⁸ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera “el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos por el Sistema Interamericano y por los demás sistemas de protección internacional de los derechos humanos” y reconoce “el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a

¹⁶⁶ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución N° 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>

¹⁶⁷ También llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁶⁸ OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26. En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral”.

Presupuesto de la figura: la privación de libertad.

Para poder integrar a la libertad individual como un tercer bien jurídico tutelado, es menester recurrir al estudio del tipo penal del Art. 144 *ter* mediante el cual se establece, como presupuesto, que la persona víctima de las torturas se encuentre legítima o ilegítimamente¹⁶⁹ privada de su libertad, lo que se complementa con la situación en la que debe encontrarse el sujeto activo, es decir ejerciendo un “poder de hecho” respecto de la víctima.

El Capítulo V del Código Penal, como hemos mencionado, además de la tortura y los malos tratos contiene delitos cuyo bien jurídico tutelado incuestionablemente se trata de la libertad, tales como la reducción a la servidumbre¹⁷⁰, la privación ilegal de la libertad¹⁷¹, el secuestro coactivo¹⁷², la desaparición forzada de personas¹⁷³, la privación ilegal de la libertad a cargo de un funcionario público¹⁷⁴. En estos casos, y según la situación, lo que se va a ver resguardado por la disposición legal es la libertad ambulatoria, de locomoción o de movimientos, la libertad en el sentido estricto de la palabra¹⁷⁵.

Cabe preguntarnos, entonces, qué aspecto de la libertad es el que se pretende resguardar en el caso de la tortura y los malos tratos cuando, por ejemplo, la detención es legítima,

¹⁶⁹ Desde ya dejamos expuesto que esta ilegitimidad se refiere a una privación ilegítima *funcional* de la libertad, es decir, con la intervención de un funcionario público y realizada mediante abuso de sus funciones o sin reparo en los requisitos legales, descartando las privaciones ilegítimas comunes, que pueden ser cometidas por particulares.

¹⁷⁰ Art. 140.

¹⁷¹ Arts. 141 y 142.

¹⁷² Art. 142 bis.

¹⁷³ Art. 142 ter.

¹⁷⁴ Arts. 143 y 144.

¹⁷⁵ Esto sin perjuicio que, según el tipo penal, se protejan otros bienes jurídicos en forma simultánea.

habida cuenta que la norma no efectúa distinción con una situación ilegítima. Sabemos que la libertad, como derecho humano, se encuentra contemplada en una importante cantidad de instrumentos internacionales e incluso en nuestra constitución, pero como el delito (pre)supone una situación de privación de libertad –lo que evidenciaría *per se* una vulneración a tal derecho–, entendemos que lo que se pretende proteger es el “remanente de libertad”, la porción no afectada por una medida de fuerza, cárcel, encierro, etc. que persiste como derecho, independientemente del origen legítimo o ilegítimo de la misma. Se trata del resguardo del “como” esa privación de libertad puede ser impuesta.

En ese sentido, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”¹⁷⁶ contiene una serie de estándares vinculados a la forma en que la privación de libertad debe llevarse a cabo, de entre los que destacamos el Principio 1 “Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”, el Principio 2 “El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.”, el Principio 3 “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.” Y el Principio 4 “Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humano de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.”.

No resulta ocioso indicar que estos principios no son los únicos que podemos encontrar referidos a la materia, pudiéndose citar con el mismo carácter las Reglas Nelson Mandela, en cuya primera observación preliminar (una suerte de preámbulo) se establece su objeto que consiste en “...enunciar, partiendo de los conceptos generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas

¹⁷⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988

contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria.”. Por supuesto que la totalidad de las reglas que integran éste instrumento –perteneciente al llamado *soft law*– agregan un importantísimo catálogo de estándares en materia de privación de libertad y que resultan contestes con ese objetivo.

En el orden local y concretamente referidos a personas condenadas o bajo proceso penal¹⁷⁷, la Ley N° 24.660¹⁷⁸ de ejecución de la pena privativa de libertad contiene no sólo las reglas del régimen penitenciario y las modalidades de privación de libertad, tratamiento, libertades anticipadas, régimen disciplinario, etc., sino que contiene normas específicas relativas al trato, como su Art. 9° que dispone “La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder.”. En ese cuerpo legal podemos incluso apreciar disposiciones dirigidas en forma directa a los funcionarios o empleados encargados de la custodia de las personas privadas de libertad, como las del Art. 77, relativo a la resistencia a la autoridad: “Al personal penitenciario le está absolutamente prohibido emplear la fuerza en el trato con los internos, excepto en los casos de fuga, evasión o de sus tentativas o de resistencia por la fuerza activa o pasiva a una orden basada en norma legal o reglamentaria. Aun en estos casos, todo exceso hará pasible al responsable de las sanciones administrativas y penales que correspondan.”. Asimismo, todo lo anterior se encuentra enmarcado en el objetivo último que se persigue con la ejecución penal, que es la reinserción social¹⁷⁹, estableciendo un norte al que deben ir dirigidas todas las

¹⁷⁷ Que, claramente, no agotan el concepto de privación de libertad y que corresponde extender a los casos de internación, custodia, demora, etc., etc. aplicables a personas sometidas a medidas restrictivas por razones de salud mental, por ejemplo.

¹⁷⁸ Ley N° 24.660. Sancionada el 19 de Junio de 1996 y promulgada el 8 de Julio de 1996. No obstante, la Ley ha sufrido un total de cinco reformas, muchas de las cuales han desvirtuado la ejecución penal y los principios que la rigen. Estas modificaciones son: la Ley N° 25.948 del 12/11/2004, la Ley N° 26.472 del 20/01/2009, la Ley N° 26.695 del 29/08/2011 (establece el denominado estímulo educativo), la Ley N° 26.813 del 16/1/2013 y, finalmente, la Ley N° 27.375 del mes de julio de 2017 (es la que resulta más regresiva y restrictiva en cuanto a posibilidades de avance en el régimen progresivo de la pena).

¹⁷⁹ Ley N° 24.660. Art. 1° —La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social,

acciones estatales y constituye –al menos teóricamente– un marco de protección general durante la privación de libertad¹⁸⁰.

A pesar de las constantes y enérgicas dudas y cuestionamientos al “ideal resocializador”, hay quienes resaltan el valor de la reintegración social¹⁸¹ ya que –entendido como una obligación netamente estatal de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al momento de recobrar la libertad– debe influir en la regulación de los distintos aspectos del régimen penitenciario y en la interpretación de las normas penitenciarias¹⁸², lo que permite una suerte de “humanización” de la pena privativa de libertad. Compartimos esa idea, aún con las severas deficiencias en la aplicación práctica.

De acuerdo a lo expuesto, vemos que la libertad, como bien jurídico, se enlaza con la misma dignidad de la persona y a su vez con su integridad, en razón de las condiciones en que la privación de libertad debe ser cumplida, más no es la libertad ambulatoria –

promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada. (Texto según la modificatoria Ley N° 27.375)

¹⁸⁰ La concepción del régimen penitenciario consistente en un tratamiento cuya finalidad sea la reforma y la readaptación social del condenado se reitera en el Art. 10 ap. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.); en el Art. 5 ap. 6 de la CADH (Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.) y en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Teniendo presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad); entre otros.

¹⁸¹ Término utilizado por el extinto maestro criminólogo Alessandro Baratta en su ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por la comisión Andina Juristas y la comisión Episcopal de Acción Social en Lima, Perú, del 17 al 21 de Septiembre de 1990. En el texto puede apreciarse su interesante visión del tema: “*La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es sin duda la que no existe*”.

¹⁸² Marcos Salt en “Pautas para una reforma progresista del derecho penitenciario en América Latina. A propósito de la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1996, n° 4 y 5, páginas 1045/ss

propriadamente dicha— la que se pretende tutelar¹⁸³, sino las normas, principios y garantías limitantes al poder del Estado en el ejercicio monopólico de la fuerza, traducidos como estándares en materia de derechos humanos, que deben circunscribir el ámbito de injerencia y establecer la forma legal en que debe llevarse a cabo la medida de encierro.

Siguiendo al Dr. Daniel Rafecas, quien examina en forma pormenorizada los aspectos que venimos trabajando:

Aquí sí es donde el legislador argentino recoge el sentido de libertad personal en su acepción más amplia y profunda, que remite a la esencia de la condición humana [...], y es así como debe entenderse el ámbito de protección de estas normas prohibitivas, especialmente en su modalidad más grave, la tortura, en la cual, por definición, se usa el cuerpo y la mente de la persona para intentar destruir su consciencia, sus creencias, sus lealtades y sus pensamientos: “La inflicción de dolor físico a una persona que no puede defenderse está diseñada para convertir a esa persona en alguien completamente servil a sus torturadores. Está diseñada para extirpar su autonomía como ser humano, para poner su control como individuo más allá de su propio alcance”, de modo tal de quebrarlo [...]¹⁸⁴

Además de la integridad y la dignidad, como pusimos de manifiesto, vemos que la tortura afecta a la *libertad individual* de la persona, o mejor dicho, el remanente de libertad que la persona mantiene como derecho inalienable e irrenunciable.

Los sujetos intervinientes.

Conteste con lo dispuesto en la CCT, nuestro ordenamiento penal establece que el autor esencial del delito de tortura debe tratarse de un *funcionario público*. El Art. 77 del Código Penal nos brinda la significación del término, que equipara al de “empleado

¹⁸³ Aunque diremos que también es objeto de resguardo dicha libertad, en virtud que la/s limitación/es que suponen una condena penal, una prisión preventiva, una detención, internación, etc., no implican la desaparición del derecho *per se*, sino que se encuentra limitado o reducido en determinados aspectos.

¹⁸⁴ RAFECAS Daniel Eduardo, “La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos”, Editores del Puerto, 2010, pág. 72 a 78. Citando a SULLIVAN, Andrew (2004) “The Abolition of torture”, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

público” y comprende “a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

Nos encontramos frente a un tipo *especial propio*¹⁸⁵, cuyo tipo resulta calificado por la condición del autor que, necesariamente, debe tratarse de un servidor público. Sin embargo, entendemos que no todo funcionario o empleado público podrá cometer torturas, ya que sólo comprende “(...) a aquellos funcionarios que detentan entre las atribuciones del cargo que desempeñan, el ejercicio de potestades restrictivas de la libertad y de otros derechos fundamentales de los ciudadanos, como los que lo hacen en el marco del sistema penal (...)”¹⁸⁶. Sin embargo la doctrina no es pacífica al respecto, manteniendo algunos autores posiciones amplias basadas en que la norma no efectúa distingos, por lo que no se podría acotar el término¹⁸⁷.

Por lo demás, en el segundo párrafo del Art. 144 ter se indica que no necesariamente el autor debe encontrarse jurídicamente a cargo de la víctima, sino que debe ejercer un poder de hecho, lo que implica “una relación de disposición aunque más no sea sólo fáctica y por un período necesario para imponer los sufrimientos”¹⁸⁸. Este aspecto de la norma nos brinda una serie de posibilidades respecto a la autoría en donde, por ejemplo, independientemente de la autoridad que haya ordenado la detención (legítima o ilegítima) que podría (o no) ser quien se encuentra jurídicamente a cargo de la persona, el autor podría tratarse, a su vez, de otra persona¹⁸⁹.

¹⁸⁵ RIGHI, Esteban. “Derecho Penal Parte General”. Lexis Nexis, 2008. Págs. 163/164. En igual sentido BACIGALUPO, Enrique. “Derecho Penal Parte General” 2ª Edición. Edit. Hammurabi. 1999. Págs.237 a 239.

¹⁸⁶ RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y...* Op. Cit. Pág. 109.

¹⁸⁷ Por ejemplo, Creus (CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge E.. Derecho Penal Parte Especial, Ed. Astrea. Pág. 307) indica que no sería necesaria una calidad general de guardar personas, sino una asignación puntual u ocasional de competencia para privar de libertad. Otros pregonan que mientras el perpetrador sea funcionario público, independientemente de su función concreta, podrá ser autor de torturas.

¹⁸⁸ De acuerdo al análisis de delito de torturas a cargo de Gabriel Bombini y Javier Di Iorio, en el valioso Código Penal Comentado de acceso libre ofrecido por la Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>

¹⁸⁹ A modo de ejemplos ilustrativos de esta escisión, podrían darse casos de: a) Privación de libertad ordenada legalmente por un juez, deviene en un hecho de torturas perpetradas por los funcionarios

A lo anterior debemos agregar que el funcionario debe encontrarse en ejercicio de sus funciones y con abuso de las mismas. Caso contrario, se tratarían de hechos cometidos, técnicamente, por particulares, fuera del ámbito funcional o en el marco de su vida privada.

La especialidad del delito encuentra fundamentación en diversas razones, siendo preponderantes las de índole histórica, que anulan su concepción como delito común y que se complementan con los distintos elementos que rodean a la figura, como la gravísima pena que se ha dispuesto en la ley argentina y el contexto de privación de libertad. A ello debemos sumar la manda convencional de la propia CCT y la responsabilidad del Estado que se origina por el deber de cuidado, los objetivos que suelen tener los perpetradores y la especial situación de vulnerabilidad que padecen las víctimas ante el monopolio estatal del uso de la fuerza y la desproporción de la posición que ocupa quien las comete respecto de la víctima, lo que hace a la propia connotación del término tortura.

Lo anteriormente expuesto se enlaza con el último bien jurídico tutelado por el delito de torturas, que es la propia actuación estatal o el buen desempeño de las instituciones y funcionarios o empleados estatales. Si bien entendemos que los bienes jurídicos de índole primaria o más relevantes son los vistos previamente (integridad, libertad y dignidad), la afectación secundaria de la función pública resulta apreciable y complementaria. Al respecto, a Corte IDH tiene dicho que:

(...) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, (...). No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal,

policiales encargados del traslado de la víctima al establecimiento penal. b) Privación ilegal de libertad por no reunir los requisitos legales o con abuso de funciones policiales, se torna en un acto de torturas cometido por el Fiscal que mantiene a la persona incomunicada y sin alimentos durante un período prolongado de tiempo.

el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida.¹⁹⁰

Debemos recordar que el funcionario, desplegando sus actividades en ejercicio de una función pública, éstas son atribuibles al propio Estado aun cuando existan abusos o extralimitación en su realización. Así, siguiendo a Rafecas “... el funcionario no sólo lesiona la dignidad personal de la víctima, sino que además lesiona el correcto ejercicio de la función pública en el desempeño de sus actividades, con el consiguiente quebranto del interés de la Administración y de la confianza de los ciudadanos en el desempeño de esas actividades conforme a la legalidad”¹⁹¹.

Uno de los agregados a la norma del Art. 144 ter, como indicamos *ut supra*, es la inclusión de los *particulares* que ejecuten los hechos descritos en el tipo, lo que ha generado algunas críticas e interpretaciones. Previamente habíamos afirmado que se trata de un delito especial propio, lo que ratificamos y nos obliga a intentar descubrir el verdadero alcance de la adición. Para ello, debemos refrescar los términos en que la CCT y otros instrumentos se refieren a los particulares como autores o partícipes del delito.

En el Art. 1º de la CCT, se nos indica que se configurará la tortura cuando los dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público *u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*. Por su parte, el Art. 4º se impone como obligación estatal no sólo el castigo penal de los funcionarios, sino también a *todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura*.

Por su parte, el Art. 3º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura dispone, de forma más eficiente, el sistema de responsabilidad en los siguientes términos:

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Torres Millacura y otros Vs. Argentina” sobre desaparición forzada, Sentencia del 26 de agosto de 2011, parágrafo 70. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=351

¹⁹¹ RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y...* Op. Cit. Pág. 105.

Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Entendemos que el agregado al Art. 144 ter debe ser entendido de la forma en que lo hace el instrumento americano y en la forma que se puede deducir de la Convención universal, es decir, que la participación de los particulares se encuentra vinculada, *necesariamente*, a la participación a su vez de un funcionario público que es quien detenta el dominio del hecho o bien pesa sobre él un deber jurídico¹⁹² que es quien ordena el accionar, lo permite, lo tolera o consiente.

Existen buenas razones para interpretar la norma en análisis de esta forma, más allá de la letra de los tratados, que se vinculan a las mismas causas por las que se consideró como bien tutelado a la función pública. En ese sentido, Rafecas¹⁹³ efectúa un quirúrgico análisis del tipo y la incorporación de los particulares como posibles autores, partiendo de la base que se trata de un delito especial y llegando a la conclusión que los hechos cometidos por particulares sin conexión con la función pública, sin el consentimiento o aquiescencia de un funcionario, no constituirán tortura, debiendo aplicarse en tal caso un concurso de delitos de acuerdo al accionar concreto del victimario¹⁹⁴. El autor cita un fallo que considera trascendental para esta posición, que

¹⁹² Aquí es donde se agrega la concepción de “delito de infracción de deber”, en contraste a la teoría del dominio del hecho, cuyo desarrollo y discusiones tienen como protagonista al maestro Claus Roxin y que exceden ampliamente la intención del presente trabajo. Más sólo diremos que, de acuerdo a lo que surge del propio texto del Art. 144 ter, parecería que ambas conviven, dependiendo de quién sea el autor material de las torturas.

¹⁹³ RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y...* Op. Cit. Pág. 108 a 116.

¹⁹⁴ Vgr. Privación ilegítima de libertad, lesiones, coacciones, abuso sexual, homicidio, etc. que, en caso de configurarse con la intervención funcional requerida, se trata de tipos que quedan subsumidos en la tortura.

es conocido como “Fulquín”¹⁹⁵ del año 1996, donde la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal dijo:

El Art. 144 ter CP en su segundo párrafo no debe ser entendido como equiparando al particular autor de la privación de libertad con el funcionario público como sujeto activo eventual del delito de torturas (...) el particular puede ser autor de torturas en el sentido del Art. 144 ter cuando se trata del caso de una persona ya sometida a detención, sea ésta conforme o contraria a la ley.

Entre los fundamentos de la Ley 26.827 de creación del Mecanismo Nacional, que veremos más adelante, encontramos la siguiente cita en donde se pone de manifiesto la verdadera naturaleza de la distinción entre posibles sujetos activos, funcionarios y particulares: “Como señala Wolfgang Sofsky, en su Tratado Sobre La Violencia existe una relación asimétrica entre torturador y torturado: "... el antagonismo entre verdugo y víctima marca el límite absoluto de la reciprocidad social...", no se trata entonces de una contienda, por lo que ésta relación obliga a desterrar cualquier reminiscencia a la metáfora del combate.”¹⁹⁶

En cuanto a la forma de participación de los particulares, es dable efectuar una distinción ya que el término aquiescencia utilizado en la CCT podría traer confusión. A nuestro criterio, la participación de los particulares se podría dar mediante: la “instigación”, conocida también como tercerización o delegación de la violencia institucional, en donde el agente estatal persuade, obliga o provoca la agresión que materialmente será ejecutada por el particular o; el consentimiento, en donde el funcionario permite, tolera o habilita las torturas, aunque no las provoque. En todo caso, deberá existir un funcionario que le proporcione las condiciones para que pueda efectuar el acto de tortura sobre la persona detenida.

En cuando al *sujeto pasivo*, ya indicamos que debe tratarse de una persona legítima o ilegítimamente privada de su libertad, siendo en cualquier caso la autoridad la que dispone esa privación. Así, la víctima del delito de torturas podrá ser tal tanto si se

¹⁹⁵ CNCP, Sala I, causa 921, “Fulquín, L.J.”, del 14 de noviembre de 1996.

¹⁹⁶ <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0956-D-2011>

encuentra detenida en un establecimiento carcelario bajo orden judicial en forma totalmente legítima, como si la detención se produce en forma ilegal, pero siempre mediante la intervención de funcionarios o empleados públicos.

Elementos del tipo. Tipo objetivo y subjetivo.

El Art. 144 ter en su párrafo 3º contiene una conceptualización escueta de lo que debe entenderse por tortura: no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. No vamos a profundizar en la caracterización de la tortura, puesto que ya nos hemos explayado al respecto al analizar la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas¹⁹⁷ desde donde podemos reiterar que se debe tratar de un sufrimiento o padecimiento *grave*, que puede ser físico y/o mental o psíquico. También nos hemos referido en cuando a los sujetos activo y pasivo, y las particularidades y presupuestos que requiere el delito en nuestro Código Penal.

Sólo queda al margen de la norma del Art. 144 ter lo referido a ultrafinalidad que enumeran tanto la CCT¹⁹⁸ como la Convención Interamericana¹⁹⁹, que operan como objetivos tenidos en cuenta por el torturador, adicionales al dolo. Partimos de la inteligencia que estas enumeraciones no son, ni pueden ser consideradas, como taxativas, máxime teniendo en cuenta las expresiones “por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”²⁰⁰ en la CCT y “con cualquier otro fin” que utiliza su par interamericana.

¹⁹⁷ Algunos autores, como Buompadre y Donna, sostienen que el inciso 3º del Art. 144 ter se encontraría implícitamente derogado al haberse incorporado, con posterioridad a la Ley N° 23.097, a la CCT con rango constitucional a partir de la reforma de 1994. Compartimos ese criterio.

¹⁹⁸ “...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...”

¹⁹⁹ “...con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.”

²⁰⁰ Aunque el anclaje con la idea de discriminación acota las posibilidades.

La concepción de torturas para nuestro legislador se da sin interés en las finalidades u objetivos de los autores, ya que omite toda referencia a los mismos. Teniendo en cuenta que las enumeraciones indicadas tienen un objeto meramente indicativo o ilustrativo, pero a la vez ocasionan confusión, consideramos acertada la decisión de excluir o no considerar en la figura estas ultrafinalidades.

A modo de ejemplo de una posición contraria a lo anterior, el artículo 3° de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura de México²⁰¹ establece: “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.”. Como podemos apreciar, el listado de finalidades escogido es incluso más limitado que las figuras contempladas en la CCT y la Convención Interamericana, pero en el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos”²⁰² elaborado en 2014 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México se señala que ello es así ya que “los tipos penales no pueden ampliarse en perjuicio de la personas acusadas, pues ello violaría tanto el principio *pro persona*....”²⁰³

El delito de torturas, como se indicó oportunamente, requiere el elemento intencional, por lo que el dolo deberá ser directo, pudiendo darse la situación de dolo eventual en el funcionario. A ello debemos adicionar, en concordancia con lo visto precedentemente, que el dolo debe ser respecto de los padecimientos, quedando fuera del mismo las demás motivaciones que puede haber tenido el autor.

²⁰¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación 27 de diciembre de 1991, posee una única reforma publicada el 10 de enero de 1994.

²⁰² Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/en-casos-que-involucren-hechos-constitutivos-de-tortura-o-tratos-cruels>

²⁰³ No compartimos esta posición, como hemos reiterado, en virtud de entender que los tratados no pretendieron agotar un catálogo de móviles que llevan a los torturadores a cometer los hechos, sino sólo ilustrar posibilidades y dejar abiertas otras, lo que a nuestro criterio surge de la propia letra de los mismos y en forma más notoria en la norma interamericana.

Nuestro ordenamiento penal ha previsto que la tortura se trate de un delito de lesión, y dentro de estos, de resultado, de consumación instantánea y de carácter permanente. En consecuencia, y conteste al mandato de la CCT en su Art. 4º, el mismo admite la tentativa.

Finalmente, debemos hacer una mención a la pena impuesta por el Código, atento a que la misma CCT impone como obligación que “todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”²⁰⁴. Se trata de una escala penal extremadamente elevada, idéntica a la del homicidio, que algunos autores critican, basados en que no permite una continuidad o progresión, de acuerdo a la gravedad del hecho, respecto de los hechos delictivos más leves como los apremios.

No obstante dichas posiciones, resulta interesante el aval internacional que recibió el legislador argentino en este aspecto de la pena, de parte del propio órgano de aplicación del tratado. Así, al momento de examinar el informe inicial de la Argentina en sus sesiones 30ª y 31ª, celebradas el 16 de noviembre de 1989²⁰⁵, el Comité contra la Tortura solicitó información al Estado argentino respecto de las penas máximas de prisión previstas en el ordenamiento interno para el delito de torturas, a lo que nuestro representante respondió, poniendo en conocimiento la escala a partir de la Ley N° 23.097 (8 a 25 años de prisión y perpetua para el agravante). Al concluir el examen el informe, los miembros del Comité manifestaron satisfacción por las medidas que la Argentina había adoptado en materia de legislación.

Pasado un tiempo, el Comité en oportunidad de examinar y realizar sus observaciones finales respecto del tercer informe periódico de Argentina en 1997²⁰⁶, además de considerar positiva la jerarquía constitucional de la CCT a partir de la reforma de 1994

²⁰⁴ Art. 4 CCT inc. 2.

²⁰⁵ Comité contra la Tortura Informe sobre el cuadragésimo quinto período de sesiones Suplemento No. 44 (A/45/44), 21 de junio de 1990. Pár. 156, 167

²⁰⁶ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Argentina en su 19º período de sesiones llevadas a cabo del 10 al 21 de noviembre de 1997. El texto de las observaciones son de fecha 21/11/1997. Identificación del documento: A/53/44, párrafos 52-69. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8605.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8605>

y la creación del Procurador Penitenciario de la Nación como autoridad de monitoreo – entre otros aspectos–, señala como uno de los factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención a:

60. *La severidad de las penas que sancionan la tortura*, contempladas en el artículo 144 tercero del Código Penal, en particular la sanción prevista para los casos de muerte como consecuencia de tortura, *que formalmente satisfacen lo que dispone el artículo 4 de la Convención*, es debilitada en la aplicación práctica de esas disposiciones por los jueces, los que como ha comprobado el Comité en el examen de los antecedentes de un número importante de casos, frecuentemente prefieren procesar a los victimarios por tipos penales de menor gravedad, sancionados con penas inferiores, con disminuido efecto disuasivo. El Comité constata que, no obstante los numerosos casos de muerte como consecuencia de tortura consumados desde la vigencia de la reforma del Código Penal que introdujo la penalidad referida, sólo en seis de ellos los autores han sido condenados a pena perpetua, prescrita en la ley como pena única.

Vemos que, en palabras del órgano de tratado encargado de la aplicación de la CCT, la penalidad y escala de nuestro Código resultaría conteste con el instrumento, no obstante la atinada observación que efectúa vinculada a la aplicación por parte de autoridades judiciales –y que compartimos–. A mayor abundamiento sobre el particular, en las siguientes observaciones, las cuartas dirigidas a nuestro país por el Comité en 2004²⁰⁷, insistió en que uno de los motivos de su preocupación residía en “La práctica reiterada por parte de los funcionarios judiciales de realizar una calificación errónea de los hechos, asimilando el delito de tortura a tipos penales de menor gravedad (por ejemplo apremios ilegales), sancionados con penas inferiores, cuando en realidad merecerían la calificación de tortura”.

A lo hasta aquí analizado debemos adicionar que el tipo penal de torturas en nuestro Código Penal se ha mantenido incólume desde el año 1984 y que las opiniones del Comité hasta el cuarto informe periódico (en 2004) resultaron favorables, al momento de emitir sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto

²⁰⁷ Comité contra la Tortura. CAT/C/CR/33/1, 10 de diciembre de 2004

combinados de la Argentina en 2017²⁰⁸, en el apartado destinado a los “principales motivos de preocupación” efectúa un severo llamado de atención:

9. Preocupa al Comité que la tipificación del delito de tortura prevista en el artículo 144 ter del Código Penal de la Nación no sea conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, al no extender la responsabilidad penal por dicho delito a una categoría más amplia de sujetos activos y no incluir el propósito de la conducta en el tipo básico del delito. El Comité toma nota del proceso de reforma del Código Penal iniciado y del compromiso del Estado parte de suplir las carencias observadas en la tipificación actual del delito de tortura (arts. 1 y 4).

10. El Estado parte debe armonizar el contenido del artículo 144 ter del Código Penal de la Nación con la definición de tortura del artículo 1 de la Convención. La tipificación del delito de tortura debe especificar el propósito de la conducta e incluir como sujetos activos del delito a otras personas que actúan en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación, con el consentimiento o la aquiescencia de funcionarios públicos. A ese respecto, el Comité señala a la atención del Estado parte el párrafo 9 de su observación general núm. 2 (2008) sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados partes, en el que se afirma que las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. Asimismo, el Estado parte debe velar por que la reforma legislativa mantenga penas que se adecuen a la grave naturaleza del delito de tortura, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención.

Poco tiempo después, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Nils Melzer, luego de su visita oficial a la Argentina entre el 9 y el 20 de abril de 2018 emitió una declaración²⁰⁹ en la que respecto a la tipificación de la tortura dijo:

El delito de tortura se encuentra tipificado en el artículo 144 ter del Código Penal de la Nación Argentina. Reitero las preocupaciones expresadas por el Comité

²⁰⁸ Comité contra la Tortura. CAT/C/ARG/CO/5-6, 24 de mayo de 2017.

²⁰⁹ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22976&LangID=S>

contra la Tortura respecto de la falta de adecuación de la definición a las disposiciones del artículo 1 de la Convención. En particular, la norma no atribuye responsabilidad penal por tortura a un abanico suficientemente amplio de sujetos y no incluye la intencionalidad de la conducta en cuestión como un elemento tipificante del delito.

Por lo tanto, insto a las autoridades a tomar las medidas necesarias para garantizar una tipificación amplia del delito de tortura, en pleno cumplimiento de las obligaciones de la Argentina en virtud de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas (UNCAT).

En pocas palabras, el Comité y el Relator entienden que el tipo previsto en el Art. 144 *ter* adolece de deficiencias, que las mismas son graves y que debe ser reformado so pena de dejar impunes ciertos actos. El órgano detalla estas observaciones, que en otros términos se refieren a:

- 1) El tipo limita las posibilidades ya que no ha incluido como sujetos activos del delito a otras personas que actúan en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación, con el consentimiento o la aquiescencia de funcionarios públicos.

Sobre el particular, creemos que le asiste razón al Comité en cuanto el texto del Art. 144 *ter* inc. 1 tercer párrafo²¹⁰ posee una redacción confusa y, en efecto, algunos han entendido que la frase torna a la tortura en delito común. Entendemos que la norma requiere una modificación tendiente a dejar en claro, siguiendo el mandato que surge del Art. 1º de la CCT, que la participación de los particulares será posible sólo si actúan bajo el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público.

- 2) Carece del listado de propósitos del autor, ya que debe especificar el propósito de la conducta.

En este aspecto no compartimos el criterio seguido por el Comité, por las razones expuestas *ut supra*. Entendemos que la finalidad o motivaciones del autor podrían

²¹⁰ “Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos”.

desconocerse, por ejemplo ante el caso de fallecimiento de la víctima, abriendo la posibilidad de impunidad o aplicación de tipos penales menos severos como los apremios. La acreditación de las torturas se sometería a un requisito de difícil verificación en la práctica, por encima de los graves sufrimientos físicos o psíquicos de la víctima. Asimismo, y aun incluyendo un listado como el de la CCT en nuestro tipo penal, las motivaciones reales del perpetrador podrían quedar no contempladas, generando claros de impunidad.

Resulta llamativo que, si bien el Comité pretende una ampliación del tipo con la finalidad que contemple todas las situaciones posibles de imposición de torturas, entienda más acertado la inclusión en el tipo penal de estas finalidades que exceden la provocación de un grave sufrimiento a una persona privada de la libertad. En ese orden de ideas, es ilustrativo de la posible limitación a la que aludimos el análisis que efectúa Claudio Nash cuando compara las ultrafinalidades contenidas en la CCT y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura:

Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que “cualquier otro fin”, aparte de los mencionados expresamente en el texto podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de Naciones Unidas la finalidad es más restringida y cuando abre el tema, lo hace de la siguiente forma: “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.²¹¹

Al respecto, y sumado a todo lo ya dicho, compartimos el criterio sostenido por la Corte IDH en relación a la intencionalidad en el autor de violaciones a derechos humanos resguardados por el Pacto de San José y la responsabilidad del Estado:

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la

²¹¹ NASH ROJAS, Claudio. *Alcance del concepto...* Op. cit. p. 9

culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.²¹²

Se evidencia, a nuestro juicio, una decisión legislativa fundada en la falta de necesidad de la existencia –y acreditación probatoria– de una ultraintención que no sea la propiamente dolosa –voluntad de provocar un grave sufrimiento a la víctima sometida al poder de hecho del funcionario–, ya que siempre existirá –psíquicamente– una finalidad motivacional para el hecho por parte de su autor. Dicha finalidad o finalidades pueden encontrar infinidad de variables, causas y subjetividades, por lo que pretender enumerarlas resultaría una tarea imposible en una ley penal y, si sólo se tratara de un listado meramente enunciativo, su inclusión en la tipificación resultaría ociosa e innecesaria. Mucho más compleja será, como dijimos, la probanza de estos elementos subjetivos del dolo de ser incluidos en el tipo.

3) La posible reforma debe “mantener” las penas.

Conforme lo anticipamos, la cuestión relativa a las penas resulta nuevamente ratificada por el Comité, para quien la escala penal de 8 a 25 años cumple con el estándar de la CCT.

Estrictamente vinculado a lo dicho hasta acá, en el mes de septiembre de 2019 el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura argentino organizó un

²¹² Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH (Serie A) N° 4, sentencia del 29 de julio de 1982, párrafo 173; Godínez Cruz c. Honduras, Corte IDH (Serie C) N° 5, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 183.

conversatorio²¹³ destinado a discutir el tipo penal de torturas, a partir de las críticas realizadas por los órganos internacionales vistas previamente. De la actividad surgió un interesante documento de conclusiones²¹⁴ –cuya lectura recomendamos–, en el que quedaron plasmadas las distintas posiciones respecto a temas que hemos estudiado hasta ahora y otros de mayor profundidad dogmática. Así, para reforzar la figura básica de tortura del Art. 144 *ter*, en otras palabras el CNPT propuso a modo de conclusiones:

1º) Agregar expresamente la posibilidad de la comisión de torturas por acción u omisión.

2º) Revisar la privación de libertad como elemento del tipo penal o presupuesto del tipo, dado que ello no se encuentra previsto en los instrumentos internacionales ni en la legislación comparada, y restringe innecesariamente el ámbito de aplicación.

3º) Equiparar las privaciones de libertad previstas en el capítulo del Código con las internaciones involuntarias por razones de salud mental.

4º) Suprimir la referencia a particulares como sujetos activos del delito de torturas en la forma en que se encuentran contemplados en el 144 *ter*, ya que desnaturaliza el concepto de tortura (como delito especial propio). La figura debería contemplar a particulares sólo en relación a agentes estatales, ya sea por su consentimiento, aquiescencia o cuando instigaran la comisión de delitos. Asimismo, como delito especial, la prohibición no debería alcanzar a cualquier funcionario/a sino sólo a quienes detentan entre las atribuciones del cargo que desempeñan el ejercicio de potestades restrictivas de la libertad y de otros derechos fundamentales.

²¹³ La reunión contó con aportes de organizaciones de la sociedad civil, académicos y actores de distintos ámbitos, quienes manifestaron sus posiciones e hicieron aportes concretos en la temática, incluidos proyectos de reforma de los artículos del CP vinculados a tortura y malos tratos.

²¹⁴ CNPT. *Conclusiones preliminares del 1º Conversatorio sobre el Tipo Penal de Tortura*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mayo de 2020. Fue incluido como Anexo 4 del Informe Anual 2020 de órgano. Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/09/DOC-5-Anexo-4-Conversatorio-sobre-TP-Tortura.pdf>

5º) Mantener la redacción actual del Código que no considera a la finalidad de la conducta como elemento del tipo penal. Se ponderó innecesaria la incorporación de un listado –no taxativo– de supuestos.

Malos tratos

El catálogo de tipos penales vinculados a la tortura, malos tratos y violencia institucional en general, se complementa con las disposiciones que también integran el título V entre las que tenemos:

- La privación ilegal funcional de la libertad, o privación ilegal por parte de un funcionario público²¹⁵.
- Las severidades, apremios y vejaciones²¹⁶, que se corresponden con los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuya prohibición y sanción surge del Art. 16.1 de la CCT. La doctrina y jurisprudencia encuentran diferencias respecto a las torturas en una cuestión de intensidad, de gravedad e incluso por la finalidad de sus perpetradores.
- La omisión de “evitar” o “denunciar” torturas cometidas por otra persona²¹⁷.
- Torturas posibilitadas por la negligencia²¹⁸.

²¹⁵ Artículo 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por la ley, privase a alguno de su libertad personal; (...)

²¹⁶ Artículo 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: (...); 2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales; 3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales. (...)

²¹⁷ Artículo 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello. 2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión. 3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas. 4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

Sin entrar en los caracteres técnicos de cada hecho previsto –que extenderían en demasía el presente trabajo–, podemos afirmar que el Código Penal puso un significativo esfuerzo en contemplar todas las situaciones y responsabilidades posibles, e incluso la graduación en cuanto a la afectación de derechos o bienes jurídicos. Tal es así que del análisis orgánico de los tipos penales en cuestión, podrán ser penalmente responsables (con distintas intensidades): el funcionario público que cometa, de mano propia, torturas o malos tratos; el funcionario que se valga de particulares o de otros funcionarios y ordene, consienta o no impida las torturas o malos tratos; el particular que ejecute las torturas con la aquiescencia del funcionario; el funcionario que no impida las torturas teniendo la competencia para hacerlo; el funcionario que no denuncie el hecho de tortura si carece de facultades para impedir; el juez que no inste la denuncia ante la toma de conocimiento de la comisión de torturas; el funcionario a cargo del establecimiento en caso de falta de vigilancia.

En el Conversatorio organizado por el CNPT antes referenciado, se discutieron muchos aspectos relacionados a los malos tratos, y entre las conclusiones se hizo referencia a la necesidad de reforma del Art. 144 bis incisos 2 y 3 que: a) Incluya una definición tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes tal como lo hace la CCT; b) Prevea escalas penales diferentes para tratos crueles e inhumanos, y para tratos degradantes; c) Se dispongan escalas penales “secantes” entre estas figuras y la de tortura; d) Incluya la posibilidad de que particulares, en circunstancias equivalentes a las previstas para torturas, puedan participar de la comisión de malos tratos; e) Las penas incluyan la inhabilitación.

²¹⁸ Artículo 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

2.3) El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura (Ley 26.827).

Como sabemos, el mandato del Protocolo Facultativo incluía la obligación en cabeza de los Estados Parte de *mantener, designar o crear* Mecanismos Nacionales independientes para la prevención de la tortura. Mediante la generación de este compromiso internacional, el instrumento se convertía en una herramienta de avanzada que instituía un “sistema” de presencia institucional en los lugares de detención en todos los Estados, a efectos de controlar el trato que reciben las/os detenidas/os. Desde luego que la obligación no se queda en la puesta en marcha de “un” órgano de monitoreo, sino que va acompañada de una serie de requisitos para asegurar su adecuado funcionamiento y evitar el acatamiento meramente formal. A lo anterior se adicionan los informes y recomendaciones del Comité y del propio SPT, a modo de complemento interpretativo de las normas del Protocolo, creando un indubitable plexo de estándares a cumplimentar por aquellos Estados que pretendían el cumplimiento de buena fe de los instrumentos en estudio.

Es de nuestro interés en éste acápite, verificar si ello fue así. Si la Argentina hizo honor a su palabra empeñada mediante la firma y ratificación del OPCAT, al menos desde el punto de vista normativo, puesto que una evaluación de desempeño o funcionamiento práctico de los mecanismos nos llevaría un esfuerzo muy superior al pretendido en este trabajo, no obstante tratarse de una tarea pendiente.

La República Argentina, como hemos señalado previamente, procedió a la firma del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura el 30 de abril de 2003, y a su ratificación el 15 de noviembre de 2004. A los treinta días de haberse realizado el depósito del vigésimo instrumento de ratificación, entró en vigor, lo que ocurrió el 22 de junio de 2006. De acuerdo a la situación como Estado Parte de nuestro país y la obligación que surge de su Art. 17²¹⁹, el 22 de junio de 2007 se agotó el plazo máximo

²¹⁹ Cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por

que tenía la Argentina para proceder a mantener, designar o crear uno o varios Mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura. El camino para la constitución de lo que llamaríamos luego “Sistema” de prevención nacional demandaría un buen tiempo y prolongadas discusiones para, primero, la aprobación de un texto legal y, más adelante, la designación de sus integrantes y puesta en marcha.

En este punto debemos efectuar una breve indicación, ya que si bien el mandato convencional incluía la obligación de crear “uno o más” MNP, en Argentina previo a la designación de sus integrantes, a la vigencia de la ley respectiva e incluso a la discusión final de su texto, existían en distintos ámbitos mecanismos o autoridades, designados como órganos de aplicación del Protocolo, a los que denominaremos Mecanismos Locales de Prevención (MLP), e incluso algunos de ellos operativos. Como veremos, la Ley N° 26.827²²⁰ que instituye el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura, entró en vigencia en enero de 2013, siendo reglamentada y plenamente operativa en abril de 2014²²¹. Sin embargo, en ese entonces ya se encontraban en funcionamiento²²² los Mecanismos de Chaco, Río Negro, Salta y Mendoza. Además, las provincias de Tucumán, Corrientes, Tierra del Fuego y Misiones contaban con legislación atinente a la creación o designación de sus mecanismos. Antes que estos casos, funcionaba en la provincia de Buenos Aires el Comité contra la Tortura²²³ de la Comisión Provincial por la Memoria y, con competencia en establecimientos federales, la Procuración Penitenciaria de la Nación.

No obstante, el Estado nacional en ese momento no podía considerar cumplida su obligación puesto que de esos MLP la mayoría tenía una competencia limitada

entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones.

²²⁰ Ley N° 26.827. Sancionada el 28 de Noviembre de 2012. Promulgada de Hecho el 7 de Enero de 2013.

²²¹ Decreto Nacional N° 465/2014 sobre Reglamentación de la Ley 26.827 sobre Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Boletín Oficial, 9 de Abril de 2014.

²²² Este “funcionamiento” en algunos casos era más bien precario, provisorio. Pero al menos se trataba de órganos designados como de aplicación del Protocolo y contaba con miembros designados, cumpliendo funciones concretas de monitoreo y asistencia a personas privadas de libertad.

²²³ Creado en 2002 y con funciones de monitoreo a partir de 2004.

territorialmente a sus provincias, y la Procuración limitada a la jurisdicción federal, por lo que no se contemplaba lo ordenado por el Art. 4.1 en cuanto se debía monitorear “cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad”. Resultaba necesario, en consecuencia, la creación de un ente nuevo que contemplara la posibilidad de visitas a todo el territorio argentino y/o con competencias residuales al respecto²²⁴.

En efecto, el Comité contra la Tortura, en sus Observaciones finales al cuarto informe periódico de la Argentina, el 10 de diciembre de 2004²²⁵, expresó su preocupación por:

La no-implementación uniforme de la Convención contra la Tortura en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional. (Párr. 6.d)

Asimismo, en la misma oportunidad, el Comité recomendó que establezca "un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención" y que "garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado nacional aunque las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales;". Vemos, en consecuencia, que la obligación permanecía incumplida y era necesario el avance hacia la conformación de un organismo de carácter nacional, independientemente de las jurisdicciones que habían resuelto constituir un comité de lucha contra la tortura.

Volviendo a la creación del Mecanismo Nacional, el primer aspecto que vamos a destacar durante el proceso de discusión y elaboración de la ley respectiva es la

²²⁴ Entendemos que el Estado podría haber cumplido su obligación de igual manera en caso de contar con mecanismos en todas las jurisdicciones o provincias, más la Procuración Penitenciaria para la competencia federal, algo que, como veremos, resulta igualmente una exigencia de la Ley 26.827.

²²⁵ <https://undocs.org/es/CAT/C/CR/33/1>

participación activa de la sociedad civil, ya que desde los fundamentos del último proyecto²²⁶ de 2011 (hubieron intentos previos) que terminaría resultando en la Ley 26.827 se puede apreciar la notable presencia de ONGs originarias de todo el país²²⁷, aunadas con el objeto de someter a consideración del Congreso la institucionalización del Mecanismo Nacional para la implementación del Protocolo Facultativo que la República Argentina se comprometió a crear conforme Ley 25.932.

De entre los muchos argumentos para sostener la creación de un Mecanismo o bien, avanzar en la implementación y cumplimiento de obligaciones internacionales, el proyecto de ley resulta particularmente contundente en los siguientes pasajes:

[...] La triple dimensión (axiológica- normativa- sistema de garantías) a partir de la cual, el análisis de los derechos humanos encuentran legitimación, nos permite determinar los parámetros mediante los cuales éstos encuentran validez y obligatoriedad, y por tanto, pretensión de eficacia. Por ello resulta insuficiente y rudimentario la ilegitimidad filosófica y valorativa que se conecte a un plexo normativo de carácter positivo del cual se deriva la prohibición de su práctica sino existen medios eficaces de protección, que en cumplimiento de la prohibición establecida permitan la comprensión de la necesidad de su erradicación como herramienta para la consolidación del presente proceso democrático. [...]

[...] En el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura (UN Doc. A/61/259 del 14 de agosto de 2006, párrafo 67) se expresa que: "la tortura y los malos tratos normalmente se producen en lugares de detención

²²⁶ Proyecto de Ley. Expediente Nº 0956-D-201. Sumario: Creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Fecha: 17/03/2011. Disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0956-D-2011>

²²⁷ En la redacción del proyecto participaron: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Comisión Provincial por la Memoria (CPM) - Comité contra la Tortura, Casa del Liberado - Córdoba Coordinadora de Trabajo Carcelario (CTC) - Rosario, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Asociación Xumek - Mendoza, Centro de Estudios de Ejecución Penal - Facultad de Derecho de Buenos Aires (UBA), APDH - La Plata, Fundación Sur Argentina, Asociación Pensamiento Penal (APP), ANDHES - Tucumán - Jujuy, FOJUDE - Pcia. de Buenos Aires, Colectivo por la Diversidad (COPADI), Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Asociación Zainuco- Neuquén, Fundación La Linterna, Observatorio de Derechos Humanos de la Provincia de Río Negro, Asociación Civil La Cantora, Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC), INECIP, Asociación de Defensores de Derechos Humanos - Pcia. Buenos Aires, Grupo de Mujeres de la Argentina, Colegio de Abogados de Rosario, Pasantía de Ejecución Penal. En los procesos que seguirían, se sumarían otros actores de relevancia.

aislados en donde quienes practican la tortura están seguros de estar fuera del alcance de una supervisión y rendición de cuentas eficaz. (...) En consecuencia, la única manera de romper ese círculo vicioso es someter los lugares de detención al escrutinio público y hacer más transparente y responsable frente a la supervisión externa todo el sistema en el que operan los agentes de policía, de seguridad y de inteligencia".[...]

La Ley N° 26.827, luego de algunas disquisiciones legislativas²²⁸ fue finalmente aprobada quedando su texto definitivo²²⁹ que, tal como surge de su propia denominación, no se contenta con instituir un mecanismo de orden nacional, sino todo un sistema de coordinación y acciones en conjunto con la totalidad de provincias del país. La norma se encuentra estructurada en cinco (5) grandes títulos o partes, cada una con una clara distinción en cuanto a su contenido, los que analizaremos en contraste con las obligaciones convencionales que surgen del Protocolo, en particular de su Parte V, conforme vimos en el acápite “1.4.b” del presente trabajo. Veamos:

Creación, competencia material y territorial.

En el Título I encontramos satisfechos los estándares de *creación y competencia*, puesto que se establece el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y su integración²³⁰ con un mandato amplio²³¹, se

²²⁸ La norma había obtenido media sanción de la Cámara de Diputados el 7 de septiembre de 2011. Luego de un largo proceso legislativo, fue aprobada por el Senado el 14 de noviembre de 2012, aunque con modificaciones relativas a la composición del Comité Nacional, por lo que requería nueva aprobación en Diputados. Tras las modificaciones que introdujo el Senado, la Cámara de Diputados sancionó – el 28 de noviembre de 2012– la ley de creación del “Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Finalmente, fue promulgada de hecho el día 7 de enero de 2013.

²²⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207202/norma.htm>

²³⁰ Art. 3º: El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes está integrado por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, el Consejo Federal de Mecanismos Locales, los mecanismos locales que se designen de conformidad con esta norma, y aquellas instituciones gubernamentales, entes públicos y organizaciones no gubernamentales interesadas en el cumplimiento de los objetivos del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

²³¹ Art. 1º “...garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consagrados por los artículos 18 y 75,

determina el carácter de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional de la ley. Asimismo, al igual que el Protocolo, para establecer el alcance de su mandato, contiene una definición de lo que debe entenderse por “lugar de detención”²³². Finalmente, hace expresa mención de los principios que regirán el Sistema: a) fortalecimiento del monitoreo, b) Coordinación, c) Complementariedad y subsidiariedad²³³ y d) Cooperación.

El establecimiento del Sistema Nacional de Prevención que propone la ley tiene por objetivo reconocer las redes de monitoreo existentes, dotándolas de un nuevo encuadre institucional que las potencia y garantiza mejores estándares de funcionamiento.

Independencia funcional.

En su Título segundo, se encarga de todos los aspectos referidos al órgano rector del Sistema, denominado Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (en adelante CNPT), que es en verdad el Mecanismo Nacional instituido por la Ley, al que si bien crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, en base a la autonomía e *independencia funcional* que deben ostentar los MNP, ejerce sus funciones sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

inciso 19, de la Constitución Nacional, por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, incorporado a la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22, por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por ley 25.932, y demás tratados internacionales que versaren sobre estos derechos.”

²³² Cualquier establecimiento o sector bajo jurisdicción o control de los Estados nacional, provincial o municipal, así como cualquier otra entidad pública, privada o mixta, donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, por orden, instigación, o con consentimiento expreso o tácito de autoridad judicial, administrativa o de otra autoridad pública

²³³ Principios de gran relevancia, ya que en conjunto con los demás, representan la voluntad estatal de no limitar las funciones de monitoreo al CNPT creado, sino que vienen a adicionar una autoridad más a esos fines. A modo de ejemplo, las actividades propias de monitoreo que poseen los jueces de ejecución penal de acuerdo a la Ley 24.660 y las normas de procedimiento en cada jurisdicción no se verán afectadas por la creación del MNP, sino que se suman, coexisten y deben ser coordinadas.

Funciones y atribuciones.

En los extensos Arts. 7 y 8 se definen con especificidad las múltiples *funciones*, facultades y *atribuciones* del CNPT que se condicen, e incluso superan, a los estándares enumerados en los Arts. 19 y 20 del Protocolo, ya que no sólo hacen hincapié en el monitoreo y las recomendaciones, sino que –en cuanto a las funciones– pone en su cabeza la coordinación del Sistema, la creación y sostenimiento de registros de distinta índole en la materia, el estudio específico en temáticas concretas²³⁴, diseño de políticas públicas y asesoramiento a organismos e instituciones relacionados con la problemática. Entre sus capacidades legales, además de los estándares mínimos referidos a la libre elección del lugar y modo en las inspecciones y el acceso irrestricto a información, el Comité Nacional puede supervisar los sistemas disciplinarios y de ascensos de las instituciones de encierro, así como promover la aplicación de sanciones administrativas, puede emitir opinión en los procesos de designación y ascenso de magistrados y funcionarios judiciales vinculados con sus competencias, proponer reformas institucionales y ser consultado en las discusiones legislativas vinculadas con la situación de las personas privadas de libertad. En su rol de órgano rector, el CNPT puede coordinar acciones con la sociedad civil cuando no exista en la provincia un MLP y puede sugerir a éstos respecto de su funcionamiento.

Sin agotar el extenso catálogo, una de las facultades que llaman la atención para un órgano de aplicación del Protocolo Facultativo (cuyo mandato es eminentemente preventivo) es la de poder promover acciones judiciales, individuales y colectivas. Esto hace, sin dudas, referencia a la posibilidad –e incluso obligación en el caso concreto– de impetrar denuncias penales y acciones de habeas corpus por agravamientos de las condiciones de detención.

Rendición de cuentas.

²³⁴ Concretamente en materia de capacidad de los establecimientos de detención, condiciones de seguridad, salubridad, prevención de accidentes, cupos de alojamiento y demás condiciones de trato humano y digno en los lugares de privación de la libertad. (Art. 7 inc. f)

Por otro lado, y conforme surge del Art. 23 del Protocolo, el CNPT debe rendir su *informe anual* ante la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo de la Nación, conteniendo un diagnóstico de la situación de las personas privadas de libertad en el país y una evaluación del cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia

Recursos.

Respecto a los *recursos*²³⁵, la ley contiene una importante cláusula en su Art. 30 mediante la cual, además de determinar que las partidas –necesarias para garantizar el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Prevención– deben estar contempladas en la Ley General de Presupuesto, para el primer ejercicio a partir de su puesta en funciones su presupuesto no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) del asignado para el Congreso de la Nación. Esto garantiza un mínimo más que suficiente para los gastos que supone la puesta en marcha del órgano rector.²³⁶

Integración.

En cuanto a la *integración* del CNPT, la Ley 26.827 establece uno de los elementos, sino el único, en el que a nuestro criterio se alejó parcialmente de los estándares internacionales, como veremos a continuación.

En su Art. 11 se dispone que el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes estará integrado por trece (13) miembros que son:

- a) Seis (6) representantes parlamentarios. Dos (2) representantes por la mayoría y uno (1) por la primera minoría de cada cámara del Congreso de la Nación: que

²³⁵ Cuya existencia y suficiencia afectan directamente en otro de los estándares: su independencia funcional. Un Mecanismo sin recursos no podrá cumplir su mandato en lo más mínimo, y uno con recursos insuficientes verá seriamente comprometido su cometido.

²³⁶ Sin embargo en la práctica, una vez puestos en funciones las y los integrantes del CNPT a fines de 2017, incluso en los ejercicios posteriores, el cumplimiento de esta norma no se llevó a cabo.

serán elegidos por los respectivos bloques de cada Cámara. Su postulación deberá ser remitida a la Comisión Bicameral para que sean publicados sus antecedentes y se abra el procedimiento para presentar observaciones o impugnaciones a ser consideradas en la audiencia pública prevista. Si no hay objeciones la Comisión Bicameral incluirá estos candidatos en el dictamen a ser considerado por ambas Cámaras. La Cámara de Senadores brinda acuerdo al listado que se traslada a la Cámara de Diputados al mismo efecto, aprobando las designaciones por mayoría simple. La duración es de cuatro años en el cargo.

- b) El Procurador Penitenciario de la Nación: según el mandato, forma de elección y reemplazo establecido en la ley 25.875.
- c) Dos (2) representantes de los Mecanismos Locales: que serán elegidos –sin especificar el modo– por el Consejo Federal de Mecanismos Locales para la Prevención de la Tortura. Tienen una duración de dos años en el cargo;
- d) Tres (3) representantes de las organizaciones no gubernamentales: surgidos del proceso de selección del artículo 18²³⁷ de la ley, y cuya duración en el cargo es de cuatro años.
- e) Un (1) representante de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: que será elegido según las

²³⁷ (...) a) La Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo creada por ley 24.284, abrirá un período de recepción de postulaciones propuestas por organizaciones sociales de derechos humanos o profesionales que cuenten con trayectoria en la defensa de las personas privadas de libertad, detallando los criterios pautados en el artículo 20 de la presente ley. Este llamado a postulaciones se publicará en el Boletín Oficial, en al menos dos (2) diarios de circulación nacional, y en la página web de la Comisión Bicameral.

b) Vencido el plazo para las postulaciones, la Comisión Bicameral hará público el listado completo de candidatos, sus antecedentes y si cuentan con una o varias organizaciones que los proponga o apoye. La publicación se realizará en el Boletín Oficial, en al menos dos (2) diarios de circulación nacional y en la página web de la Comisión. Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán presentar observaciones, apoyos e impugnaciones, por escrito y de modo fundado y documentado en un plazo de quince días (15) hábiles a contar desde la última publicación;

c) La Comisión Bicameral convocará a los candidatos preseleccionados a una audiencia pública. Asimismo, convocará a quienes hayan presentado observaciones, apoyos o impugnaciones, quienes serán escuchados de modo previo al candidato.

d) Finalizada la audiencia pública, la Comisión Bicameral realizará un dictamen proponiendo a los tres (3) candidatos para ocupar los cargos del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. Los tres (3) candidatos deben haber sido postulados por las organizaciones no gubernamentales que participaron en el procedimiento. El dictamen se elevará a ambas Cámaras. La Cámara de Senadores actuará como cámara de origen.

disposiciones internas de la propia Secretaría. Al igual que los representantes del Congreso, su postulación se remite a la Comisión Bicameral, se publican sus antecedentes y se abre un procedimiento para presentar observaciones o impugnaciones, previo a la audiencia pública. Luego votan ambas Cámaras por mayoría simple. Dura en su cargo cuatro años.

La ley estipula una buena cantidad y calidad de resguardos al momento de la integración, ya que señala las inhabilidades²³⁸ e incompatibilidades funcionales²³⁹, así como los criterios de la selección²⁴⁰. A ello suma la incompatibilidad del ejercicio de los cargos en el CNPT con la realización de otra actividad remunerada, pública o privada, salvo la docencia, la investigación académica y actividades de capacitación. Por otro lado, la ley procura que se respeten los principios de composición federal, equidad de género, no discriminación, asegurar la multidisciplinariedad y la representación de las fuerzas sociales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos. Finalmente determina expresamente las causales y forma del cese de los mandatos, requisito complementario de la independencia de sus integrantes.

²³⁸ Artículo 13. De las inhabilidades. No podrán integrar el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura: a) Aquellas personas respecto de las cuales existan pruebas suficientes de participación en hechos que puedan ser subsumidos en la categoría de crímenes de lesa humanidad; b) Quienes hayan integrado fuerzas de seguridad y hubieran sido denunciados y/o tengan antecedentes de haber participado, consentido o convalidado hechos de tortura u otros tratos y penas crueles, inhumanos y/o degradantes.

²³⁹ Artículo 14. De las incompatibilidades. El cargo de miembro del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura es incompatible con el ejercicio de otras actividades que pudieran afectar o poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura.

En refuerzo de esta norma, el Decreto Nacional N° 465/14, reglamentario de la Ley 26.827, agrega que los postulantes a ocupar los cargos del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura deberán adjuntar una declaración jurada en la que incluirán, si fuera el caso, la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos OCHO (8) años, los estudios profesionales a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas de por lo menos los últimos OCHO (8) años, en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes y, en general, cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado, ello con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses.

²⁴⁰ Artículo 20. — De los criterios de selección. Serán criterios para la selección de los miembros del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura: a) Integridad ética, el compromiso con los valores democráticos y la reconocida trayectoria en la promoción y defensa de los derechos humanos, con especial énfasis en el resguardo de los derechos de las personas privadas de libertad y la prevención de la tortura. b) Capacidad de mantener independencia de criterio para el desempeño de la función en los términos que exige el cumplimiento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la presente ley.

No obstante estos esfuerzos por garantizar una integración adecuada a los estándares internacionales, lo cierto es que el verdadero sentido de la independencia que pretende el Protocolo, como se ha explicitado en pasajes anteriores, choca de frente con una composición que comprende a un representante del Poder Ejecutivo y seis representantes del Poder Legislativo. En suma, estos integrantes representantes o pertenecientes a otros poderes del Estado y cuya designación resulta eminentemente política, representan a más de la mitad del total de sus miembros en un cuerpo colegiado que toma decisiones por mayoría simple.

Como se puede apreciar del proceso de selección previsto en los Arts. 11, 18 y 19 de la Ley 26.827 no se ha contemplado, en ninguno de los casos, la celebración de un concurso público de antecedentes y oposición, mediante un procedimiento de participación amplio que respete las reglas de publicidad, transparencia y legitimidad, algo que resultaría lógico y esperable del mandato que surge del Protocolo que, entre otras cosas, exige “independencia de su personal” y que los Estados Partes tomen “las medidas necesarias a fin de garantizar que los expertos del mecanismo nacional de prevención tengan las aptitudes y los conocimientos profesionales requeridos.” (Art. 18.1 y 18.2).

De acuerdo a las normas de la ley, al no haberse dispuesto un concurso público, la “autopostulación” no resulta posible, debiendo cada integrante ser inicialmente propuesto (salvo el Procurador Penitenciario) por los bloques de las Cámaras, por las ONGs, por el Consejo Federal de Mecanismos Locales o, finalmente, por la Secretaría de Derechos Humanos. Si bien el proceso de selección supone la publicación de los antecedentes de los postulantes y una instancia de impugnaciones, la última palabra termina en manos del Congreso que, sin consecuencia alguna, puede desoír las observaciones que puede haber recibido un/a candidato/a y designarlo/a de igual modo. Esta particularidad, sumado a la dependencia de la Comisión Bicameral en algunas instancias del proceso de integración, limitan en alguna medida la autonomía del CNPT o de sus miembros.

No es un detalle menor en relación al punto en análisis que, al aprobarse la Ley 26.827 el 28 de noviembre de 2012²⁴¹, la Asociación para la Prevención de la Tortura remitió a las autoridades argentinas un comunicado²⁴² mediante el cual, además de celebrar la nueva legislación, señala que

(...) la APT quisiera alertar que las modificaciones introducidas por el Senado en cuanto a la composición y al proceso de selección de los miembros del Comité Nacional deberán ser implementadas, garantizando la independencia y autonomía del futuro mecanismo. En efecto, ambos requisitos son indispensables en virtud del Protocolo Facultativo. En particular, la APT confía en que las autoridades responsables por la puesta en marcha de esta ley adoptarán todas las medidas y salvaguardas que estén a su alcance para garantizar que el procedimiento de selección y nombramiento de los representantes parlamentarios y de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación sea transparente y abierto e incluya la participación de la sociedad civil, según los estándares internacionales en la materia. Destacamos la importancia que se dé cumplimiento, de manera integral, a los dispositivos que prevén la oportunidad para presentación de observaciones e impugnaciones y la realización de audiencia pública, y que las futuras reglamentaciones del procedimiento de selección busquen fortalecer la amplia participación ciudadana en el proceso.

En el mismo sentido, el Subcomité para la Prevención de la Tortura luego de su visita a la Argentina entre los días 18 al 27 de abril de 2012²⁴³, hizo público su informe el 27 de noviembre de 2013²⁴⁴ y en el mismo se indicó

²⁴¹ Con modificaciones en torno a su integración respecto del proyecto original.

²⁴² Comunicado de la Asociación para la Prevención de la Tortura del 30 de noviembre de 2012. Disponible en https://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Prevencion%20para%20la%20tortura_0.pdf

²⁴³ Hasta el momento, esa ha sido la única visita del SPT a Argentina, puesto que la segunda se encontraba prevista para los días 9 al 20 de marzo de 2020 y debieron ser suspendidas ante la pandemia provocada por el Covid-19. Los expertos incluso llegaron a pisar suelo nacional, debiendo aislarse y luego abortar la misión de monitoreo por las medidas de cuarentena tomadas a nivel global.

²⁴⁴ Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe sobre la visita a Argentina. CAT/OP/ARG/1. 27 de noviembre de 2013. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fARG%2f1&Lang=es

15. En junio de 2007 venció el plazo para que el Estado designara el Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Después de un largo proceso de discusión, se consensó un proyecto de ley creando el MNP que fue aprobado por la Cámara de Diputados en agosto de 2011. En noviembre de 2012 este proyecto fue aprobado por el Senado de la Nación con enmiendas relativas a la composición del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (...)

16. El SPT celebra la culminación del largo proceso legislativo en torno a la creación del mecanismo. Al mismo tiempo, el SPT recuerda sus directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención, entre las que figura la necesidad de que el Estado garantice su autonomía funcional e independencia y se abstenga de nombrar como miembros a personas que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses. El SPT confía en que el Estado adopte medidas encaminadas a salvaguardar estos principios en el proceso de selección de los integrantes del Comité Nacional.

Con una ley recién aprobada en ese entonces y previo a la elección de sus integrantes, podemos observar que el SPT avizoraba algunas cuestiones propias de la Ley 26.827 que podían afectar la independencia. La recomendación al Estado Nacional fue en el mismo sentido que las Directrices²⁴⁵ que el propio SPT había dictado unos pocos años antes.

De similar contenido pero de un modo aún más contundente y específico, el Comité contra la Tortura en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina en 2017²⁴⁶, menciona respecto al Sistema Nacional de Prevención de la Tortura

25. Si bien aprecia la adopción de la ley que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y de su reglamento (véase párr. 5(b) supra), el Comité nota con preocupación que el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, encargado de la dirección del Sistema, todavía no ha sido creado. Aunque acoge

²⁴⁵ “Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Párrafos 18 y 19.

²⁴⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Distribución general del 24 de mayo de 2017. CAT/C/ARG/CO/5-6, párrafos 25 y 26.

con satisfacción el inicio del proceso de selección de los integrantes de dicho Comité Nacional, *preocupa al Comité que el nombramiento de seis representantes por parte de grupos parlamentarios y uno por el poder Ejecutivo*, tal y como dispone la ley, pueda suscitar conflictos de intereses que comprometan su independencia, como ya indicó el SPT (CAT/OP/ARG/R.1, pàrr.16). (...)

26. El Comité urge al Estado parte a avanzar con la conformación del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, y velar por que sus miembros sean elegidos en un proceso transparente e incluyente, de conformidad con los criterios de independencia, equilibrio de género, representatividad de la población, idoneidad y reconocida capacidad en diversas áreas multidisciplinarias, incluido en materia jurídica y de atención de la salud (véase art. 18 del Protocolo Facultativo y CAT/OP/12/5, párrs. 17 a 20). Para ello el Estado parte debe abstenerse de nombrar miembros que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses (CAT/OP/ARG/R.1, pàrr. 16). (...)

Para comprender la preocupación y las posiciones tanto del SPT como del Comité, es dable indicar que en el proyecto de ley previo a la intervención del Senado, el CNPT estaba integrado por siete (7) miembros en una versión inicial y nueve (9) en una avanzada²⁴⁷, que se desempeñarían con carácter *ad honorem* y no se contemplaba la representación del cuerpo legislativo ni del poder ejecutivo. Las posteriores reformas efectuadas en el proceso de discusión inclinaron la balanza para la inclusión de ambas representaciones.

Consejo Federal.

Continuando con el contenido de la Ley 26.827, en su Capítulo V se crea el Consejo Federal de Mecanismos Locales para la Prevención de la Tortura que se encuentra integrado por los MLP y la Procuración Penitenciaria. Este Consejo, de representación federal, posee importantes funciones que se especifican en el Art. 22, de entre las cuales

²⁴⁷ En ese punto, la conformación era de: el Procurador Penitenciario de la Nación, dos representantes de los MLP y seis personas independientes designadas, conforme a sus capacidades y aptitudes. Aun así, en ningún momento se planteó el concurso público de evaluación y antecedentes.

destacamos la posibilidad de intimar a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que designen o creen sus MLP. Incluso, en caso de no hacerlo en un plazo prudencial, el Consejo podría designar –a propuesta del CNPT– al o los organismos gubernamentales o no gubernamentales que cumplirán la función de MLP²⁴⁸.

Una particularidad, que entendemos como un error al momento de legislar, se presenta en la integración del CNPT, ya que dos de sus miembros (los de los Mecanismos Locales previstos en el Art. 11 inc. b), no podrán ser designados hasta que se constituya el Consejo Federal, el que a su vez sólo podrá conformarse una vez designado el presidente del Comité Nacional²⁴⁹.

Secretaría ejecutiva.

El Sistema Nacional de Prevención dispone, asimismo, de la designación de un Secretario Ejecutivo, con funciones ejecutivas y consultivas. A diferencia de lo que ocurre con sus miembros, el CNPT dispuso durante el año 2019 un extenso y exigente procedimiento de selección de candidatos que incluyó tres instancias eliminatorias: a) verificación y ponderación de antecedentes laborales y académicos, b) Evaluación de conocimientos teórico-prácticos sobre derechos humanos y prevención de la tortura y c) Exposición de un plan de trabajo.

Luego, en el Título III, la ley contiene un compendio de estándares para los MLP cuya observancia es obligatoria para las provincias, el Título IV estipula las reglas de cooperación dentro del Sistema Nacional y el Título V establece estándares de funcionamiento extremadamente útiles en el devenir de los actores del sistema.

²⁴⁸ Se trata de una atribución de índole evidentemente disuasiva de la inactividad en las jurisdicciones reuentes. Entendemos que su aplicación resulta impracticable, puesto que las autoridades de una provincia que vean impuesto un MLP de esta forma, difícilmente facilitarán el diálogo cooperativo necesario en la tarea preventiva.

²⁴⁹ En la práctica, esto encontró solución mediante una constitución excepcional del Consejo Federal en el año 2017, sin el presidente del CNPT (que todavía no había sido nombrado) a instancias de los MLP de Salta, Chaco, Mendoza, Corrientes y Misiones, a la que la Procuración Penitenciaria se opuso.

Como podemos apreciar, el legislador argentino hizo un gran esfuerzo por lograr que el denominado Sistema no se limitara a una sumatoria de actores dedicados a la temática de prevención de la tortura, sino que previó un esquema coordinado y complementario, bajo estándares de calidad institucional y fiel cumplimiento de los parámetros internacionales, no obstante lo señalado en cuanto a la composición del CNPT.

Puesta en funciones.

Luego de un proceso de integración de todas y todos los integrantes que incluyó las audiencias públicas para los representantes de las organizaciones de la sociedad civil y las votaciones respectivas en el Congreso de la Nación, el 1° de febrero de 2018 la misión permanente de la República Argentina ante los organismos internacionales en Ginebra, Suiza, presentó a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas la nota de estilo mediante la cual la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación informaba la integración de todos los miembros del CNPT²⁵⁰, que había operado el 28 de diciembre de 2017, iniciando sus actividades. Esta última fecha es la que podría ser considerada como la real puesta en marcha del Sistema Nacional.

²⁵⁰ <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/NPM/LetterArgentina26Jan2018.pdf>

2.4) Los Mecanismos Locales de Prevención en Argentina.

La existencia de los Mecanismos Locales de Prevención encuentra origen y justificación en la habilitación que efectúa el Protocolo Facultativo en sus Arts. 3 y 17 cuando impone como obligación de los Estados Parte la creación (designación o mantenimiento) de *uno o varios* órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si bien utiliza la terminología de “Mecanismos Nacionales” para su identificación, en el caso de Argentina ello sufrió una modificación debido a la previsión de un órgano rector, el CNPT, que si tiene la característica de ser “nacional” por su competencia en razón del territorio y materia. En cambio, como hemos indicado previamente, los llamados MLP poseen una competencia limitada a su jurisdicción o jurisdiccional (único caso de la PPN).

Además de esta posibilidad, el Protocolo en su Art. 29 establece que “Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.”, lo que significa que aquellos Estados que poseen un régimen federal –como la Argentina–, deben implementar de manera uniforme las obligaciones que surgen del tratado en todas las jurisdicciones en que se encuentra organizado (provincias, estados, etc.). La norma tiene un antecedente directo que es el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula que “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. En consecuencia, el Estado argentino no podría invocar la autonomía de las provincias como pretexto para incumplir sus obligaciones derivadas del Protocolo.

Sumado a lo anterior, incluso antes de la sanción de la Ley 26.287 que instituyó a los Mecanismos Locales como tales en nuestro país²⁵¹, el Subcomité para la Prevención de

²⁵¹ Como hemos señalado, antes de la sanción de la ley existían MLP pero su denominación no resultaba de sus respectivas leyes locales que, en la mayoría de los casos, se limitaba a indicar que se trataba del “órgano de aplicación local del Protocolo Facultativo” o un mecanismo “provincial”.

la Tortura en su visita en abril de 2012 reconoció a los MLP (no sin efectuar una fuerte crítica como veremos), llamándolos mecanismos *provinciales* de prevención.

Finalmente, y zanjando toda posible duda de su necesidad, utilidad y demás aspectos relativos a su existencia, con el establecimiento del Sistema Nacional previsto en la Ley 26.827 se los denominó Mecanismos Locales de Prevención, generando la obligación en cabeza de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de crear sus MLP²⁵², otorgándoles un relevante papel en la red de lucha contra la tortura. Ya no sólo se los consideró como integrantes del Sistema, sino que se les facultó para un importante cúmulo de acciones y atribuciones, se les brindó una doble representación en el CNPT y la integración del Consejo Federal, sino que a su vez les impuso una serie de estándares mínimos para su creación o designación.

Es decir que, independientemente de haber satisfecho su obligación internacional con la creación y puesta en funciones del CNPT, la Argentina decidió federalizar dicha obligación y asegurar la presencia de los órganos de monitoreo en todas las jurisdicciones del país. Las ventajas de contar con MLP resultan evidente, ya que por la cercanía y contacto directo con los lugares de detención y las personas detenidas, a la vez que con las autoridades de distintos ámbitos en clave cooperativa, aseguraban -en conjunto- el adecuado, acabado y de buena fe cumplimiento del mandato del Protocolo.

Si bien, como hemos reiterado, en principio no existe un diseño preestablecido para los MNP o MLP, deben ajustarse plenamente a las disposiciones del Protocolo Facultativo. A su vez, la Ley N° 26.827 en su Art. 34 establece una serie de requisitos mínimos en cuanto a su creación y funcionamiento, los que destacamos por no estar previstos en esos términos en el Protocolo:

- a) Creación o designación legal;

²⁵² ARTICULO 32. — De la creación o designación. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires crearán o designarán las instituciones que cumplirán las funciones de mecanismos locales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, respetando los principios y criterios establecidos en la presente ley. La Procuración Penitenciaria de la Nación, sin perjuicio de las demás facultades establecidas por la ley 25.875, cumplirá las funciones de mecanismo de prevención de la tortura en los términos de la presente ley en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal.

- b) Independencia funcional y autarquía financiera;
- c) Publicidad y participación efectiva de la sociedad civil en el proceso de creación o designación del/los mecanismos locales;
- d) Diseño institucional que asegure la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el funcionamiento del/los mecanismos locales y el respeto de los principios de equidad de género, no discriminación y la multidisciplinariedad en su composición;
- e) Articulación con las organizaciones e instituciones que desarrollan tareas vinculadas con la situación de las personas privadas de libertad;
- f) Provisión de los recursos específicos para la consecución de los objetivos del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y de la presente ley;
- g) Mecanismos de rendición de cuentas.

Además, los MLP que se creen deben asegurar, como mínimo, el cumplimiento de las funciones y facultades que se especifican en los artículos 35²⁵³ y 36 de la Ley, respectivamente. En cuanto a las últimas, la legislación nacional contiene la novedad – al igual que ocurre con el CNPT– de la posibilidad de promoción de acciones judiciales y medidas cautelares, pudiendo el Mecanismo presentarse como querellante o particular damnificado, según la jurisdicción de que se trate.

A continuación, veremos la situación actual de implementación de los MLP²⁵⁴ teniendo en cuenta que la gran mayoría de los casos operativos, con legislación aprobada o en

²⁵³ ARTICULO 35. — De las funciones. Los mecanismos locales deberán tener al menos las siguientes funciones: a) Efectuar, con o sin previo aviso, visitas de inspección a cualquier lugar o sector de actividad de los organismos y entidades objeto de su competencia conforme al artículo 4° de la presente ley, pudiendo concurrir con peritos, asesores o con quien estime del caso, estando habilitados para registrar la inspección o visita por los medios y con los soportes tecnológicos que estime pertinentes; b) Recopilar y sistematizar información sobre la situación de las personas privadas de libertad en el territorio de la provincia, ya sea que estén sujetas a la jurisdicción federal, nacional, provincial o municipal; c) Promover la aplicación de los estándares y criterios de actuación elaborados por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura en el territorio de su competencia; d) Diseñar y recomendar acciones y políticas para la prevención de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y promover la aplicación de sus recomendaciones, estándares y criterios de actuación por las autoridades competentes.

²⁵⁴ Para esta tarea utilizaremos como fuente, además de la legislación pertinente en cada caso, el último Informe Anual presentado a fines de 2020 por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura ante la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo (creada por la Ley N° 24.284), elaborado en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 26.827, y que contempla el período de mayo de 2019 a mayo de 2020. Disponible en <https://www.senado.gob.ar/upload/35729.pdf>

proceso de discusión, han previsto entre sus normas el cumplimiento de los estándares mínimos en materia de funciones, facultades y atribuciones. Asimismo, la creación de los MLP se da -en todos los casos- en el ámbito de los cuerpos legislativos. En cambio, los puntos en los que los diseños institucionales difieren –y por lo tanto en lo que centraremos la atención- es en cuanto a:

1) La integración: la cantidad y origen, institucional o civil, de los miembros o representantes es uno de los puntos que más diferencias presenta según el caso, y sin dudas uno de los más controvertibles.

2) El proceso de selección: como regla general, las legislaciones provinciales han establecido que los procesos de selección de los integrantes de los MLP sigan el criterio de la Ley 26.827, es decir un procedimiento semi-abierto, en donde los postulantes (a propuesta de alguna autoridad pública, institución o asociación de la sociedad civil) deben someterse a una audiencia pública, previo una instancia prevista para impugnaciones u observaciones, quedando la decisión definitiva en manos de las legislaturas. En otros casos la designación es a criterio de alguna autoridad pública, en forma directa. Finalmente, algunos MLP han decidido la celebración de concursos públicos de oposición y antecedentes. Ésta última metodología es común para los cargos de las secretarías ejecutivas (encargadas de aspectos de la gestión).

3) Los resguardos de independencia, autonomía y dedicación: las legislaciones provinciales, en su gran mayoría, contemplan requisitos e incompatibilidades genéricas y explicitan si las labores serán rentadas o no.

Partimos de que nuestro país se encuentra dividido en veinticuatro jurisdicciones (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), a lo que debemos agregar la Procuración Penitenciaria (con competencia Federal), por lo que podemos clasificarlas en base al nivel de implementación²⁵⁵:

1) No tienen legislación ni MLP operativo:

²⁵⁵ Al momento de la elaboración de este trabajo, claro está.

En este grupo se encuentran once (11) provincias “renuentes” que son: Catamarca, Chubut, Córdoba, Formosa, La Pampa, La Rioja, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, y Santiago del Estero. Sin embargo, no todas las realidades locales son idénticas. Veamos:

Las provincias de Catamarca, Formosa, La Rioja, San Juan, Santiago del Estero y Santa Cruz directamente no cuentan con proyectos de ley en discusión.

Por su parte, Córdoba y Chubut poseen proyectos de ley de creación en discusión, que aún no cuentan con media sanción.

La provincia de San Luis contaría con al menos un proyecto²⁵⁶ de creación del MNP del año 2014 que no avanzó en su tratamiento legislativo. Al momento de finalizar este trabajo, el CNPT se encontraba trabajando algún tipo de acercamiento con las autoridades provinciales a fin de avanzar con la implementación.

En la provincia de Santa Fe se encuentra en debate un proyecto de ley que cuenta con media sanción²⁵⁷.

Finalmente, en la Provincia de La Pampa se registra tan solo un antecedente del año 2012 (Proyecto N° 237/2012), que perdió estado parlamentario en 2014.

En resumen, en el mediano plazo se podría adicionar una nueva legislación de creación de MLP en Santa Fe. El resto de las provincias que integran el grupo se encuentran absolutamente ajenas al cumplimiento de la obligación del mandato del Protocolo.

2) Tienen legislación, pero no MLP operativo:

Se trata del grupo de provincias que, si bien han logrado aprobar textos legales de creación de sus MLP, carecen de reglamentación, no han llevado a cabo el proceso de selección de sus integrantes o el mismo no se encuentra culminado. Aquí encontramos

²⁵⁶ <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion39417.pdf>

²⁵⁷ <https://www.ncn.com.ar/avanza-mecanismo-contra-la-tortura-en-santa-fe/>

un total de siete (7) provincias que son Entre Ríos, Jujuy, Neuquén, Río Negro, Salta y Tierra del Fuego y Tucumán:

a. Tucumán (2012 y 2020): sancionó su Ley N° 8.523 en 2012 creando la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. La misma fue reglamentada en 2016, pero no se finalizó el proceso de selección, quedando inconclusa su puesta en marcha. En el año 2020 se sancionó la Ley 9.266²⁵⁸ que modifica la composición y el modo de selección de los integrantes del MLP de una forma regresiva, similar a como veremos en Mendoza. Se integrará con un total de nueve (9) miembros que son: tres legisladores en representación de la H. Legislatura (dos por la mayoría y uno por la minoría, más un suplente por cada titular), el Ministro Público Fiscal, el Ministro Pupilar y de la Defensa, el Secretario de Estado de Derechos Humanos, tres personas representativas de la sociedad civil (también con suplentes). Todos ejercen sus funciones en el MLP *ad honorem*, lo que coloca a los miembros de la sociedad civil en una clara desventaja, ya que son los únicos no rentados, sumado al hecho que son los únicos que deben sortear un proceso de elección que incluye audiencia pública, aunque no está previsto un concurso de antecedentes y oposición en ningún caso. Por último, y en ese mismo sentido, el número de representantes de las ONG se redujo de cinco a tres en la reforma reciente.

b. Entre Ríos (2017 y 2021): la Ley provincial N° 10.563²⁵⁹ establece el Mecanismo Provincial de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles; Inhumanos o Degradantes en el año 2017. Su integración estará compuesta por el Comité Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el Consejo Consultivo (*ad honorem*), y los demás entes estatales, organizaciones de la sociedad civil interesados. El Comité, órgano rector, se crea en el ámbito de la legislatura, aunque como un ente autárquico y autónomo en el ejercicio de sus funciones, que no recibirá instrucciones de ninguno de los poderes

²⁵⁸ Ley 9266, San Miguel de Tucumán, 11 de Junio de 2020. Boletín Oficial, 3 de Julio de 2020 http://www.saij.gob.ar/LPT0009266?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-provincial

²⁵⁹ <https://www.erreius.com/Legislacion/documento/20180115085719939/ley-10563-mecanismo-provincial-de-prevencion-de-la-tortura-y-otros-tratos-o-penas-cruelles-inhumanos-o-degradantes>

públicos del Estado. Se integrará con siete (7) miembros, remunerados: tres por la sociedad civil, tres a propuesta del poder legislativo y un miembro a propuesta del poder ejecutivo. El proceso de selección es el de audiencia pública, previo período de observaciones e impugnaciones y cuenta con resguardos en cuanto a los criterios o requisitos que deben cumplir todos los propuestos, así como inhabilidades e incompatibilidades. No se prevé concurso, salvo para el Secretario Ejecutivo. En la actualidad se trabaja en la legislatura un proyecto regresivo de modificación²⁶⁰ cuyo objetivo principal es considerar una “carga pública honoraria” los cargos del Comité, dejando de ser rentados en todos los casos.

c. Jujuy (2019): la provincia norteña sancionó la Ley N° 6.137²⁶¹, que no se encuentra reglamentada. La normativa establece el Mecanismo Local de la Provincia de Jujuy de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, integrado por el Comité Provincial (que constituye el Mecanismo Local de Prevención propiamente dicho) y el Consejo Consultivo Interinstitucional. El Comité se crea en el ámbito de la legislatura provincial con independencia funcional y presupuesto propio, conformado con tres (3) miembros designados a propuesta del Poder Ejecutivo, de la Legislatura y de las Organizaciones No Gubernamentales de derechos humanos. Los tres miembros durarán cuatro años en su cargo y podrán ser reelectos por una única vez. Su remuneración será equivalente a la de un Director del Poder Ejecutivo Provincial. El proceso de selección para los tres casos es el de audiencia pública. No se prevé concurso, salvo para el Secretario Ejecutivo.

d. Neuquén (2019): la Ley N° 3.213²⁶² crea el Comité Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que se constituye en el ámbito de la Legislatura de la provincia y posee autonomía funcional. El Comité está compuesto por ocho (8) integrantes con mandato por cuatro años, remunerados (aunque no se indica que remuneración percibirán): cinco, por el Poder Legislativo mediante una selección de postulantes propuestos por organizaciones

²⁶⁰ <https://www.hcder.gov.ar/archivosDownload/textos/E23657-30082019-o.pdf>

²⁶¹ Boletín Oficial N° 105 – 13/09/19 <http://boletinoficial.jujuy.gob.ar/?p=166915>

²⁶² Ley N° 3.213. Boletín oficial edición N° 3726 del 27 de diciembre de 2019. Disponible en <https://boficial.neuquen.gov.ar/pdf/bol1912273726.pdf>

de derechos humanos, sociales, académicas y de profesionales y los restantes tres serán representantes de la Legislatura (dos, designados por la fuerza con mayor representación; y uno, por la segunda). El sistema de selección implica la recepción en la legislatura de las postulaciones, que deben publicarse en el Boletín Oficial y medios, a los fines de las observaciones o impugnaciones. Luego, el Poder Legislativo debe realizar las designaciones. No se prevé audiencia pública ni concurso de antecedentes. La Ley no prevé un secretario ejecutivo. Una indicación llamativa que se estipula en el Art. 5 de la Ley es que el Comité cuenta con una planta de hasta cinco empleados administrativos, a modo de límite de personal legalmente impuesto. La ley aún no se encuentra reglamentada, lo que impide el avance en las designaciones.

e. Río Negro (2010 y 2014): La ley provincial N° 4.621²⁶³ creó en el año 2010 el Comité Provincial de Evaluación del Seguimiento y Aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la Provincia de Río Negro, en el ámbito de la legislatura. La norma fue modificada en el año 2014 por Ley 4964²⁶⁴. La integración, luego de la reforma de 2014, es de ocho (8) miembros en total que duran cuatro años en funciones: seis representantes de la sociedad civil y dos miembros del Poder Legislativo. De acuerdo a la ley, se establece una total indefinición en cuanto a la remuneración, ya que en su Art. 4° se establece que “Los miembros titulares del organismo que determine el Comité, podrán percibir un emolumento, en función de su dedicación y en el marco de la asignación presupuestaria que determine la Legislatura.”. En cambio, la Secretaría Ejecutiva tendrá la dedicación completa y percibirá una remuneración equivalente a la de un Director. El proceso de selección es el ya visto de audiencia pública, y algo notable –favorecedor– es que la ley en su Art. 15 dispone que anualmente el Comité elevará a la Legislatura un proyecto de presupuesto de hasta el 1% del presupuesto de la Legislatura y no menor del 0,5% para su funcionamiento. Este MLP dejó de funcionar luego del vencimiento del mandato de su primera integración, ya que no se llevó adelante el proceso de renovación. Otra

²⁶³ Ley N° 4621. Sancionada el 16 de diciembre de 2010 y promulgada el 29 d diciembre de 2010. Publicada en el Boletín Oficial N° 4897 de Río Negro el 10/01/2011. Disponible en: [https://www.legisrn.gov.ar/L/L04621.html#:~:text=a\)%20Tendr%C3%A1%20derecho%20a%20acceder,el%20allanamiento%20de%20los%20domicilios.](https://www.legisrn.gov.ar/L/L04621.html#:~:text=a)%20Tendr%C3%A1%20derecho%20a%20acceder,el%20allanamiento%20de%20los%20domicilios.)

²⁶⁴ <https://www.legisrn.gov.ar/L/L04964.html>

particularidad que presenta la provincia es que la ciudad de San Carlos de Bariloche cuenta con un “Comité *Municipal* contra la Tortura” (Creado por Ordenanza N° 2178-CM-11 de fecha 21 de junio de 2011) que no cuenta con facultades de visitas a lugares de detención.

f. Salta (2017): La Ley N° 8.024²⁶⁵ estableció el Sistema Provincial de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes conformado por el Comité Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el Consejo Consultivo. Al Comité le asigna el carácter de Mecanismo Local con independencia funcional y autarquía financiera y lo integra con un total de cinco (5) miembros, que durarán cuatro años en su cargo: Dos miembros designados por las ONG de derechos humanos, un miembro designado por la Cámara de Diputados, un miembro designado por la Cámara de Senadores y un miembro designado por el Poder Ejecutivo, quienes deben ser remunerados por el ejercicio de su función. La Ley fue reglamentada en 2018 (Decreto Reglamentario 1139/18) y durante 2019 se llevó a cabo el concurso público de oposición y antecedentes para los cargos de ONG y el Poder Ejecutivo, e incluso se le asignó un escueto presupuesto. Sin embargo por cuestiones burocráticas o simple falta de voluntad política, el MLP sigue sin estar operativo. Se trata del primer caso de los analizados que prevé concurso transparente para el acceso a algunos de los cargos.

g. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (2011): La Ley N° 857²⁶⁶ crea en el ámbito del poder legislativo el Comité de Evaluación del Seguimiento y Aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes integrado por siete (7) miembros en total, con mandato de dos años y *ad honorem* (cargos asimilados a carga pública): tres representantes de

²⁶⁵ Ley N° 8.024. Salta, 25 de Julio de 2017. Boletín Oficial, 18 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/8024-local-salta-sistema-provincial-prevencion-tortura-otros-tratos-penas-cruelles-inhumanas-degradantes-lpa0008024-2017-07-25/123456789-0abc-defg-420-8000avorpyel>

²⁶⁶ Ley N° 857. Ushuaia, 27 de Octubre de 2011. Boletín Oficial, 29 de Noviembre de 2011. <http://www.saij.gob.ar/857-local-tierra-fuego-poder-ejecutivo-provincial-comite-evaluacion-seguimiento-aplicacion-convencion-contra-tortura-otros-tratos-penas-cruelles-inhumanos-degradantes-creacion-lpv0001355-2011-10-27/123456789-0abc-defg-553-1000vvorpyel?q=%28numero-norma%3A857%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Ley%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n/Local/Tierra%20del%20Fuego&t=1>

organizaciones de Derechos Humanos que demuestren experiencia y conocimiento del tema y que no se hayan desempeñado como funcionarios políticos en el curso de los últimos dos años, dos miembros del Poder Legislativo, un miembro del Poder Ejecutivo y un miembro del Poder Judicial. Los integrantes de organizaciones de Derechos Humanos serán a propuesta por las mismas y aprobados por la mayoría de los miembros de una comisión legislativa específica.

3) Tienen legislación y MLP operativo:

En este conjunto podemos encontrar siete (7) casos de distinta naturaleza, pero que tienen la característica de ser preexistentes a la integración del CNPT en cuanto a su funcionamiento, si bien –como veremos– algunos no poseían el carácter de MLP en ese momento. Como hemos indicado con anterioridad, no abordaremos el análisis del funcionamiento práctico de estos MLP, sino aspectos de su diseño institucional. El caso de Mendoza será analizado en el siguiente capítulo.

a. Buenos Aires (2002 y 2019): la Comisión Provincial de la Memoria en la Provincia de Buenos Aires que cuenta con el Comité contra la Tortura fue reconocida como MLP por el Consejo Federal de Mecanismos Locales²⁶⁷ a través del procedimiento previsto en el artículo 22 inc. h²⁶⁸ de la ley 26.827. Si bien la CPM no cuenta con legislación específica que constituya un MLP, se la incluye en este apartado porque cuenta con la legislación propia de creación²⁶⁹.

²⁶⁷ Resolución del Consejo Federal de Mecanismos Locales N°1/19, del 13 de noviembre de 2019.

²⁶⁸ Artículo 22. — De las funciones. Son funciones del Consejo Federal de Mecanismos Locales para la Prevención de la Tortura: (...) h) Designar, a propuesta del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, el o los organismos gubernamentales o no gubernamentales que cumplirán la función de mecanismo local de prevención de la tortura ante el vencimiento del plazo para la designación o creación provincial, sin perjuicio de las otras funciones subsidiarias que desarrolle el Comité Nacional. Designado o creado el mecanismo local cesará en sus funciones el mecanismo provisorio nombrado por el Consejo Federal; (...)

²⁶⁹ La CPM, cuyo referente indiscutido es su presidente, el premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, creó en 2002 su primer programa de intervención para las violaciones de derechos humanos cometidas en el presente: el Comité contra la Tortura. En el año 2003 se inició el registro de casos judiciales de tortura y en 2004 se presentó el primer informe. Ya en 2005 comenzaron las inspecciones periódicas a las cárceles, comisarías, institutos de jóvenes y hospitales neuropsiquiátricos. La CPM se constituyó de hecho en el mecanismo de control y monitoreo de los lugares de encierro de la provincia de Buenos Aires, estipulado en el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU.

b. Procuración Penitenciaria de la Nación (1993 y 2004): Creada inicialmente por el Poder Ejecutivo a través del Decreto N° 1598 del 29 de julio de 1993, fue diseñada como un “Ombudsman sectorial” dentro del organigrama del Ministerio de Justicia, con funciones de protección de personas privadas de libertad dentro del régimen penitenciario federal. Tras diez años de funcionamiento, se estableció en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación mediante Ley N° 25.875²⁷⁰, con un diseño unipersonal (el Procurador Penitenciario de la Nación), cargo rentado propuesto por la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo, sujeto a votación de mayoría simple de ambas Cámaras del Congreso. Los únicos requisitos previstos son respecto de la edad (más de 30 años), profesión de abogado y acreditar experiencia en la defensa de los derechos humanos y en el ámbito del derecho de ejecución penal. La duración en el cargo es por cinco años (reelegible). Con la promulgación de la Ley 26.827, de acuerdo a lo dispuesto en su Art. 32, La PPN resultó designada como mecanismo de prevención de la tortura en los términos de la ley en todos los lugares de detención dependientes de autoridad nacional y federal.

c. Chaco (2010 y 2020): Mediante Decreto N° 28/2010 el Poder Ejecutivo Provincial promulgó la Ley N° 6483 (que posteriormente fue identificada como Ley 1798-B), la cual fue modificada por Ley N° 3264-B²⁷¹, de noviembre de 2020. Es una ley muy completa y claramente influenciada por la Ley 26.827, con contenidos muy específicos en cuanto a funciones y facultades. La Ley modifica el Sistema Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que está compuesto por el Comité Provincial para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; un Consejo Consultivo, instituciones gubernamentales, entes públicos, entes estatales, organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales interesados. El Comité se constituye como un ente autárquico y autónomo en el ejercicio de sus funciones, que no recibe instrucciones de ninguno de los poderes públicos del Estado y es el órgano rector

²⁷⁰ Ley N° 25.875. Sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada de hecho el 20 de enero de 2004. Disponible en <https://ppn.gov.ar/index.php/documentos/legislacion/legislacion-nacional-y-provincial/1905-ley-25-875-de-la-procuracion-penitenciaria>

²⁷¹ <https://prevenciontorturachaco.com/wp-content/uploads/2021/03/L.3264.B-1.pdf>

del Sistema. El Comité tendrá cinco (5) integrantes titulares y tres (3) suplentes²⁷² que percibirán una retribución equivalente a un subsecretario del Poder Ejecutivo y durarán cuatro años en el cargo. El ejercicio de su función resultará incompatible con la realización de otra actividad remunerada, pública o privada, salvo la docencia y la investigación académica con dedicación simple. La legislación chaqueña prevé un completo y complejo proceso de selección de sus integrantes que incluye un concurso de antecedentes y oposición cuya evaluación estará a cargo de un tribunal ad hoc²⁷³ que debe ponderar el cumplimiento de los requisitos formales y objetivos de los postulantes, sus antecedentes de estudio en la materia, formación, capacitación, experiencia laboral, competencia acreditados en las postulaciones en relación al perfil ocupacional y los requisitos definidos para el cargo, además de una evaluación mediante entrevistas personales. Estas entrevistas tienen por objeto valorar la motivación de la persona postulante para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, capacidades para la gestión de personal, sus puntos de vista sobre temas básicos de su especialidad, su conocimiento respecto a estándares nacionales e internacionales en la materia. También son valorados sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y para llevar a la práctica los cambios que sugiera; sus valores éticos, su vocación democrática y compromiso con la defensa de los derechos humanos. Prevé una secretaría ejecutiva para cuya titularidad también se fija un procedimiento de concurso público. Por su parte, el Consejo Consultivo se integra por distintas autoridades públicas y un representante de las personas privadas de libertad, siendo una verdadera novedad digna de destacar, y tiene por función fortalecer el diálogo cooperativo entre los diferentes poderes, organizaciones, personas e instituciones que aborden las temáticas de prevención de la tortura y la violencia institucional.

²⁷² Dentro de esta integración se deberá garantizar la representación de un miembro titular y un suplente de los pueblos originarios.

²⁷³ Este Tribunal, como garantía de experticia y criterio de evaluación, estará compuesto por una (1) persona con trayectoria internacional o nacional, un (1) integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales, un (1) representante designado por el Comité Nacional de Prevención de la Tortura, un (1) representante designado por la Defensoría General de la Nación, un (1) representante por la Secretaría de Derechos Humanos y Géneros de la Provincia del Chaco y dos (2) representantes del Poder Legislativo del Chaco, pertenecientes a la mayoría y a la primer minoría respectivamente de los bloques partidarios.

d. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017): Mediante la Ley N° 5787²⁷⁴ se creó el “Mecanismo Local de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en el ámbito de la Defensoría del Pueblo. El Mecanismo Local está integrado por el Comité para la Prevención de la Tortura y un Consejo (que tiene carácter consultivo y está integrado por cinco representantes de ONG interesados). El Comité, por su parte, está conformado por siete (7) miembros con duración de cuatro años en el cargo y remunerados: un representante seleccionado por la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación de la Legislatura de la CABA, un representante seleccionado por la Vice Presidencia de la misma Comisión, un representante de la Defensoría del Pueblo de la CABA (elegido conforme a sus disposiciones internas); un representante del Ministerio Público de la Defensa de CABA; un representante del poder ejecutivo (que recaerá en la Subsecretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la CABA y dos representantes de las ONG. Lo curioso –y francamente regresivo- de este MLP es que éstos últimos, los representantes de la sociedad civil, son elegidos por sus pares ya designados, conforme surge de la reglamentación²⁷⁵. Para ningún caso se prevé concurso o sistema de audiencias públicas.

e. Corrientes: La Ley N° 6.280²⁷⁶ dispone la creación del Comité Provincial de Evaluación del Seguimiento y Aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en el ámbito de la H. Legislatura. Está integrado con once (11) miembros con duración de cuatro años en el cargo: dos senadores y dos diputados integrantes de las respectivas Comisiones de Derechos Humanos, el Subsecretario de Derechos Humanos (en representación del Poder Ejecutivo), un representante del Poder Judicial, designado por el Superior Tribunal de Justicia y, finalmente, cinco representantes de ONG de derechos humanos (quienes son

²⁷⁴ Ley N° 5.787. Sancionada el 15 de diciembre de 2016 y promulgada de hecho el 17 de enero de 2017. Publicada en el Boletín Oficial de CABA N° 5068 del 13 de febrero de 2017. Disponible en <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley5787.html>

²⁷⁵ Decreto N° 298/020. Boletín oficial de la Ciudad de Bs. As. N° 5936 del 19/08/2020. Disponible en <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/anexos/drl5787.html>

²⁷⁶ Ley N° 6.280. Sancionada el 2 de julio de 2014. Disponible en <http://www.hcdcorrientes.gov.ar/Leyes-texto/Ley6280.pdf>

los únicos que deben superar un procedimiento ante audiencia pública). Los cargos son asimilados a una carga pública, por lo tanto *ad honorem*.

f. Misiones: mediante la Ley IV – N° 65²⁷⁷ de 2014 (con modificaciones en 2015) se crea la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura en el ámbito de la Cámara de Representantes. La Comisión debe estar integrada por seis (6) miembros, que serán remunerados y con una duración de cuatro años en los cargos. Está integrada por tres representantes postulados por ONG de derechos humanos, dos miembros postulados por el Poder Legislativo y un miembro postulado por el Poder Ejecutivo. Los representantes de la sociedad civil, para resultar electos, deben someterse a una audiencia pública, previo período previsto para impugnaciones. Se dispone una secretaría ejecutiva, con cargo rentado y de acceso por concurso público.

Como podemos apreciar de lo visto precedentemente, los modelos o diseños de los MLP previstos en Argentina mantienen diferencias sustanciales, sobre todo en cuanto a su integración. Vemos que es común la composición colegiada (salvo dos casos de órganos unipersonales: la PPN y Mendoza) en donde los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no sólo designan personas como sus representantes²⁷⁸ sino que, en ocasiones, los criterios de selección no les son aplicables. Caso contrario a las personas propuestas por las ONG que, generalmente, se deben someter a audiencias públicas y les son aplicables criterios diferenciados. Independientemente de análisis particulares en algunos casos que merecen mención, esta forma de integrar los MLP, entendemos, atenta gravemente contra el espíritu del Protocolo y el cumplimiento de buena fe de sus obligaciones.

En efecto, el contenido del informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura que surgió como resultado de su visita a la Argentina en 2012²⁷⁹ deja en evidencia su interés

²⁷⁷ http://www.cpptmisiones.gob.ar/pdfs/LEY_IV_65.pdf

²⁷⁸ Aunque en algunos MLP sólo proponen.

²⁷⁹ CAT/OP/ARG/1. 27 de noviembre de 2013. Párr. 15. Nótese que en ese entonces, al momento de la visita del órgano de tratado los únicos MLP operativos eran la PPN, la CPM y el Comité de Chaco, más algunas leyes locales aprobadas o próximas a ser aprobadas. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fARG%2f1&Lang=es

y preocupación en los diseños institucionales escogidos al verse atacada la necesaria independencia y autonomía de los órganos de monitoreo:

15. En junio de 2007 venció el plazo para que el Estado designara el Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Después de un largo proceso de discusión, se consensuó un proyecto de ley creando el MNP que fue aprobado por la Cámara de Diputados en agosto de 2011. En noviembre de 2012 este proyecto fue aprobado por el Senado de la Nación con enmiendas relativas a la composición del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. *Al mismo tiempo, se han ido creando mecanismos provinciales de prevención, algunos de los cuales no cumplen necesariamente con los principios de independencia que exige el Protocolo Facultativo.*

Asimismo, en dicho informe el SPT recordó al Estado Argentino “sus directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención, entre las que figura la necesidad de que el Estado garantice su autonomía funcional e independencia y se abstenga de nombrar como miembros a personas que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses. (...)”

En igual sentido, en una comunicación remitida al Estado Argentino el 12 de febrero de 2015 el órgano observó, que: “(...) el SPT desea recordar que las directrices arriba mencionadas [Directrices del SPT relativas a los MNP y el Instrumento Analítico de Autoevaluación de los MNP] resaltan la necesidad de que el Estado garantice la autonomía funcional e independencia financiera a los MNPs/MLPs, se abstenga de nombrar como miembros a personas que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses y vele por la no recurrencia de sanciones o represalias contra los miembros de los MNPs/MLPs. El SPT solicita se lo mantenga informado sobre los resultados del análisis y cualquier novedad en este sentido.”

Luego, en la nota del SPT al Estado argentino, del 20 de marzo de 2015, indica, que: “El SPT desea reiterar que los mecanismos provinciales actualmente operativos (...) no se ajustan completamente a los principios establecidos por el Protocolo Facultativo”. En dicha comunicación, el SPT insiste y recomienda al Estado que: “(...) garantice la autonomía funcional e independencia financiera a los MNPs/MLPs creados y por

crearse y se abstenga de nombrar como miembros a personas que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses (...)"

En 2017, y ya con varios de los MLP en funcionamiento, el Comité contra la Tortura²⁸⁰ suscribió en su informe

(...) El Comité suscribe asimismo la preocupación del SPT con respecto al diseño institucional de algunos mecanismos locales de prevención, *que no cumplirían con los criterios de independencia que exige el Protocolo Facultativo de la Convención*. Preocupa además al Comité que tan sólo seis provincias cuenten con mecanismos locales que son operativos y algunos se enfrenten a serios desafíos presupuestales para cumplir con su mandato (art. 2).

(...) El Comité insta asimismo al Estado parte a avanzar en el proceso de creación de los mecanismos locales, conforme a los mismos criterios arriba citados, y dotarlos de los recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

No vamos a ahondar en la evidente lesión que supone a la independencia de un órgano de control que sus integrantes sean designados por quienes deben ser controlados. Lo mismo que cuando se integran con representantes de la sociedad civil, pero son superados en número por funcionarios estatales o personas propuestas por autoridades públicas.

Un problema que subsiste es lo referido a las deficiencias presupuestarias, que son comunes en los MLP, ante una temática lamentablemente alejada de la agenda política, que llevan a la creación legal de órganos de monitoreo con personal sin remuneración como hemos visto en algunos casos, lo que se agrava en otros cuando los cargos ad honorem coexisten junto con representantes rentados de alguno de los poderes del Estado.

La casi inexistencia de concursos públicos para el acceso a los cargos directivos de los mecanismos provinciales²⁸¹ contrasta con las exigencias del Art. 18.2 del Protocolo,

²⁸⁰ CAT/C/ARG/CO/5-6, párrafos 25 y 26.

²⁸¹ Con excepción del MLP de Chaco y algunos integrantes del MLP de Salta.

según el cual los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias a fin de garantizar que los expertos tengan las aptitudes y los conocimientos profesionales requeridos. Si bien es común la selección mediante audiencias públicas, ello no garantiza idoneidad en absoluto, no resguarda un mínimo de conocimientos teórico-prácticos que resultan necesarios, y queda en manos de los cuerpos legislativos la aprobación de los postulantes, independientemente de las posibles impugnaciones u observaciones (que no son vinculantes).

La Procuración Penitenciaria de la Nación, en su informe Anual de 2013²⁸² ponderaba la situación que analizamos que, con el correr de los años, no sólo se consolidó sino que se agravó en algunos casos que implicaron reformas legislativas totalmente regresivas

La participación activa de los poderes Ejecutivo y Judicial como parte de algunos de estos mecanismos, o como actores primordiales de su proceso de integración, tiene dos caras. Por un lado, parece haber funcionado, en las etapas de sanción legislativa y designación de miembros, como un factor que ayudó a superar las habituales resistencias que suelen despertar en las autoridades los organismos de control completamente independientes. Pero, por otro, esa participación de los poderes controlados en el organismo de control ha disparado diversas situaciones indeseables: desde la parálisis del proceso de designación de los miembros del mecanismo durante largos períodos –incluso en contra de disposiciones legales expresas–, hasta verdaderas crisis institucionales, debidas a los evidentes conflictos de intereses surgidos del doble papel de ciertos funcionarios integrantes de estos mecanismos. (...)

²⁸² Procuración Penitenciaria de la Nación. Informe Anual 2013. Páginas 30 y 31. Disponible en <https://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/informe%202013.pdf>

CAPÍTULO 3: La Comisión Provincial de Prevención de la Tortura de Mendoza.

En el presente capítulo analizaremos el caso del MLP de la provincia de Mendoza, cuya génesis, desarrollo y crisis institucional ilustran mejor que ninguna otra el devenir sujeto a distintos factores por los que puede atravesar el proceso de implementación del Protocolo Facultativo.

3.1) Antecedentes. El caso de las penitenciarías de Mendoza

A modo de anticipo, la creación del órgano de aplicación del Protocolo Facultativo en la provincia de Mendoza no fue el resultado del compromiso estatal y la observancia de las obligaciones surgidas a partir de su ratificación; no se trató de una política pública hermanada con la lógica preventiva que imponía el novedoso tratado ni una mirada respetuosa de los derechos humanos. Fue exactamente lo contrario. Se trató de una consecuencia reactiva provocada por el horror y la vergüenza ante la comunidad internacional, producto del sostenimiento de prácticas ilegales arraigadas en las instituciones de encierro lo que derivó en un acuerdo internacional, con visos de imposición, lo que quizás sirva para explicar algunas de las realidades que debió padecer el MLP con posterioridad.

No vamos a intentar desarrollar el denominado “Caso de las Penitenciarías de Mendoza” ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que excedería el objeto del presente trabajo y no resultaría original²⁸³, pero si destacar algunos hitos históricos e institucionales que prepararon el terreno para la creación del MLP.

La historia nos remonta al motín más gravoso que sufrió la provincia de Mendoza, llamado “vendimial” porque tuvo lugar precisamente durante los festejos típicos locales, ocurrido entre el viernes 3 y el domingo 5 de marzo de 2000²⁸⁴, en la cárcel “Boulogne Sur Mer”, sita en la Ciudad de Mendoza a pocas cuadras del centro cívico y palacio judicial, la que no sólo fue escenario de un hecho gravísimo *per se*, aunque sin víctimas fatales directas, sino la antesala de medidas de seguridad que se tradujeron en agravamientos –aún más– en las condiciones de detención de toda la población penal. El

²⁸³ Para ello, contamos con el trabajo a cargo de uno de sus protagonistas, el Dr. Pablo Gabriel Salinas en “El Caso de las Penitenciarías de Mendoza y el Sistema Interamericano”, Editores del Puerto, Marzo de 2013.

²⁸⁴ Antes de este hecho, en 1999 se llevó adelante una constatación documentada por el juez de ejecución respecto del hacinamiento, sobrepoblación y condiciones de salud de los detenidos. El resultado de la misma fue que condenados y procesados se encontraban en los mismos pabellones, el servicio enfermería no contaba con los insumos necesarios y primarios para la atención, sumado a la falta de higiene y las malas condiciones edilicias. Al tiempo de la constatación, la cárcel de Boulogne Sur Mer tenía capacidad para albergar a 500 personas pero había 1250 personas alojadas.

motín, que tiene diversas interpretaciones en cuanto a sus orígenes, causas y desarrollo, generó encierros prolongados, uso de perros y personal encapuchado, condiciones de hacinamiento e higiene infrahumanas, violencia intracarcelaria, etc.

En ese contexto, abogados defensores realizaron una serie de presentaciones ante la justicia local (hábeas corpus, amparos, etc.) con el objeto de hacer cesar estos agravamientos injustificados de las condiciones de detención. Al darse intervención a los jueces por aquellas presentaciones, éstos constataron que en las cárceles no se garantizaban los más mínimos derechos de las personas. Además de ello, gran parte de la población se encontraba sin condena alojados juntamente con condenados, sin discriminación. No existían instancias de tratamiento médico o psicológico adecuados, ni actividades destinadas a la reintegración social de los penados.

El 29 de Mayo de 2003, un grupo de doscientas personas detenidas en el pabellón 8 de la Penitenciaría de Mendoza remitió una petición presentada ante la Comisión Interamericana en la cual se alegó la responsabilidad de la República de Argentina por la violación de los derechos de los internos a la integridad física, a la salud y a la vida.

Del 22 de septiembre al 2 de octubre de 2003 del Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria efectuó una visita a la Argentina y entre los destinos estuvo la provincia de Mendoza para analizar, de propia mano, los antecedentes, reclamos y denuncias y terminó realizando un informe²⁸⁵ en donde se verificaban todas estas condiciones. Los tribunales locales emplazaron a las autoridades del Poder ejecutivo a revertir la situación, pero la violencia se acrecentó a tal punto que durante los meses de marzo a julio de 2004, en el penal de Boulogne Sur Mer y en la Unidad 4 (granja penal de Lavalle), trece (13) personas privadas de libertad perdieron la vida y otros tantos resultaron lesionados gravemente (algunas por un incendio en la granja y otras por enfrentamientos).

Ante este escenario, los abogados que estuvieron peticionando en los tribunales de Mendoza, llevan a conocimiento de la CIDH estos hechos y peticionan Medidas

²⁸⁵ <https://acnudh.org/load/2010/12/Informe-del-GdT-sobre-la-Detencion-Arbitraria-Visita-a-Argentina-2003.pdf>

Cautelares en forma urgente, las que son presentadas el 21 de julio de 2004, haciéndose lugar el 3 de agosto de 2004 y disponiendo que se habían violado, por parte del Estado argentino, los arts. 4, 5.6 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomienda al Estado argentino tres puntos: 1) tomar medidas urgentes en protección de los derechos vida, salud e integridad, 2) proceder a la separación de procesados y condenados, y 3) garantizar medidas de higiene y salud. El Estado debía informar cada quince días las mejoras.

Pese a ello, entre agosto y septiembre de 2004 otras dos personas detenidas fueron asesinadas, además de varios lesionados (en la cárcel de Boulogne Sur Mer).

La CIDH solicitó a la Corte IDH una serie de Medidas Provisionales, con el fin de que el Tribunal ordenara al Estado tomar las medidas de protección necesarias, incluso a favor de los agentes y oficiales penitenciarios que trabajaban en los penales. Además se repetían las medidas de las Cautelares, agregando la obligación del Estado de investigar los actos de violencia ocurridos (que quedaban impunes), individualizar a los culpables y sancionarlos, y la reubicación de los presos hacinados, y mejoras edilicias en materia de salubridad e higiene.

En Diciembre de 2004 un detenido fue brutalmente asesinado y descuartizado en el penal, y a los pocos días la CIDH realizó la visita *in situ* del 13 al 17 de diciembre, de donde surgió un nuevo informe que se presentó a la Corte IDH en abril de 2005. En él se denunciaba la continuación de los hechos de violencia y nuevas muertes e incidentes no esclarecidos, a pesar de la vigencia de las Medidas Provisionales.

El 11 de Mayo de 2005 en Paraguay y el 30 de marzo de 2006 en Brasilia se realizaron sendas audiencias entre el Estado y la Corte IDH, en donde se dispuso mantener las Medidas por la falta de avances.

En 2006 tres personas que habían participado del motín del año 2000 y eran testigos de relevancia para la resolución del caso, que fueron traídos nuevamente a Mendoza para declarar en el juicio, fueron asesinados ni bien ingresaron a Boulogne Sur Mer. Antes,

en 2001 había sido asesinado otro de los testigos en el penal de Rawson. Otro testigo había sido ultimado antes de viajar a Mendoza para testificar.

La provincia realizó medidas de mejoras en las cárceles, e impulsó la construcción del Complejo Penitenciario III “Almafuerte”, y el gobierno nacional envió a un grupo de oficiales del Servicio Penitenciario Federal para que asumieran el control de las unidades carcelarias, llevando a cabo medidas para reducir los niveles de violencia y hacinamiento, así como la impunidad.

El 28 de agosto de 2007, y ante las mejoras que se produjeron, los gobiernos nacional y provincial firmaron un acta para promover un acuerdo de solución amistosa que permitiera solucionar el conflicto en la esfera internacional. Esto derivó, luego de diferentes informes y actualizaciones, en el Decreto provincial N° 2.740/07²⁸⁶, que en su art. 2° fija “el reconocimiento de responsabilidad del Gobierno de Mendoza, en los casos de muertes violentas y de graves atentados contra la integridad personal, por no haber garantizado las condiciones mínimas de seguridad, guarda e integridad física de los internos”. La norma luego fue ratificada mediante la ley provincial N° 7.930²⁸⁷ que dispone medidas de reparación pecuniaria a las víctimas o familiares, el compromiso del Estado provincial de establecer un plan de acción de políticas públicas y la realización de medidas no pecuniarias entre las que se encontraban las de índole legislativas. Entre éstas últimas, el Decreto ratificado en su Anexo, dispone dos obligaciones:

“Someter a la consideración de la Legislatura de la Provincia de Mendoza un proyecto de ley mediante el cual se cree un organismo local de prevención en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, y a realizar las gestiones pertinentes para lograr su aprobación. Dicho organismo deberá responder a los estándares de independencia y autonomía fijados en dicho Protocolo, y deberá adaptarse en definitiva a los criterios que se establezcan oportunamente al sancionarse el mecanismo nacional correspondiente. A tal fin se establece un plazo de 90 días a partir de la firma del presente;” y

²⁸⁶ Decreto del Gobernador de Mendoza, Julio Cobos, N° 2.740. Mendoza, 12 de octubre de 2007.

²⁸⁷ Ley N° 7.930. Mendoza, 16 de Septiembre de 2008. Publicada en el Boletín Oficial el 17/10/2008.

“Someter a la consideración de la Legislatura de la Provincia de Mendoza, en un plazo no mayor de 90 días, un proyecto mediante el cual se crea una Procuración a favor de las personas privadas de libertad, y a realizar las gestiones pertinentes para lograr su aprobación.”

Resulta curiosa la distinción y la generación de un doble compromiso, ya que requiere la creación de un órgano de aplicación del Protocolo, por un lado, y una Procuración, por el otro, como instituciones separadas²⁸⁸. Esta diferenciación es entendible de acuerdo al contexto y a que el antecedente a mano por ese entonces era la Procuración Penitenciaria de la Nación, que se trata de un ombudsman temático o sectorial.

A principios de 2011²⁸⁹, y sin haberse cumplido ninguna de las obligaciones del acuerdo, el mundo conoce la brutalidad humana al poder acceder a las filmaciones en donde se torturó a una persona privada de libertad en el Complejo Penitenciario II “San Felipe”, sujetándole los brazos atrás y aplicándole golpes de puño y patadas en el cuerpo. La legislatura de la provincia, en base al compromiso asumido y con la presión que significaba la publicación de esos videos, discutió de modo exprés el contenido del texto y publicó en el Boletín Oficial el lunes 16 de Mayo de 2011 la Ley N° 8.284, en donde se creaba el mecanismo que veremos a continuación.

La Corte Interamericana, en Julio de 2011 y con la ley del MLP aprobada, procedió a ratificar el acuerdo de solución amistosa²⁹⁰ y al levantamiento de las medidas provisionales.

Previo a internarnos en la estructura normativa y el diseño institucional escogido en la ley mendocina, son dignas de mención las reformas y discusiones que se dieron en las instancias previas a la aprobación de la Ley. En las sesiones de la Cámara de

²⁸⁸ En la práctica, al cabo de unos años se decidió unificar ambos, como veremos a continuación.

²⁸⁹ Los peticionarios ante el Sistema Interamericano comunicaron a la Corte IDH el hecho el 2 de febrero de 2011.

²⁹⁰ Acuerdo de solución amistosa aprobado mediante Decreto n° 2.740 el día 12/10/2007 y ratificado por la H. Legislatura de Mendoza, por ley 7.930 del año 2008. Este acuerdo remite acuerdo al caso n° 12.532, “Internos de la Penitenciaría de Mendoza”, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendamos su lectura para profundizar. Disponible en https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/ddhh/informe84_11.pdf

Senadores²⁹¹ y de Diputados²⁹² se pudieron apreciar las clásicas miserias, intereses políticos y desconocimiento cabal de la normativa internacional por parte de algunos legisladores que, por ejemplo, llegaron a tildar de “chiquilinas” las torturas filmadas en San Felipe e insistir en que todo el andamiaje del MLP era producto intereses ocultos de los abogados de derechos humanos²⁹³. Además de ello, se planteaban que el MLP debía cumplir su misión con integrantes *ad honorem*, “por sus propias convicciones”, como si el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado se tratara de voluntarismo²⁹⁴. Lo mismo respecto de ciertas “inmunidades” similares a las de los legisladores, que fueron duramente cuestionadas, así como posibilidad de emitir opinión por parte del Procurador en la designación de jueces y autoridades de las fuerzas de seguridad²⁹⁵. Otro tema de debate fue la denominación que, originalmente era “mecanismo” y se cambió a “comisión”. La implementación de un MLP fue criticada por algunos legisladores que entendían innecesaria la creación de un nuevo órgano de monitoreo existiendo las fiscalías y los juzgados de ejecución, sumados a las comisiones de la legislatura, la Fiscalía de Estado, la Inspección General de Seguridad, etc.

No obstante ello, no todas las apreciaciones fueron de igual tenor, existiendo intervenciones de mayor calidad y compromiso, destacando las palabras del Diputado Néstor Piedrafita quien en su uso de la palabra, además de ponderar la creación del órgano manifestó:

²⁹¹ H. Cámara de Senadores, Diario de Sesiones N° 49, 170° Período Legislativo Anual, 22 de marzo de 2011. Expte. 56273 “Se crea Mecanismo Provincial de Prevención de la Tortura”. Pág. 3990 y ss. Disponible en <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/diario/dia49-10.pdf>

²⁹² H. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones/EXT N° 20, Sesión de Tablas 19ª, 16 de marzo de 2011, Expte. 58177. pág. 25 y ss. Disponible en <http://www.hcdmza.gov.ar/web/images/archivos/diariosdesesiones/2011/marzo/160311.pdf>

²⁹³ Los legisladores clásicamente conocidos por sus posturas de “mano dura” y populismo penal utilizaron en sus alocuciones diferentes expresiones para referirse a este tema, y siempre sembrando sospechas en los intereses económicos de los peticionarios ante el SIDH.

²⁹⁴ Inicialmente el proyecto original, que era de 2008, contemplaba una retribución para todos los integrantes de la Comisión, es decir, el Procurador y los integrantes del Comité. Todas estas remuneraciones se cuestionaron, primando un criterio intermedio, donde sólo el titular y presidente de la CPPT quedó como cargo remunerado (además de la posibilidad del adjunto y la Secretaría ejecutiva).

²⁹⁵ Facultad que resultó excluida de la ley aprobada.

La cárcel tiene que cumplir la función para la que fue pensada, quizás sea el tiempo de repensar este sistema penitenciario, pensando que las cárceles en realidad no logran el objetivo de la reeducación sobre todo cuando son cárceles donde el descontrol, la bestialidad en el trato con los privados de su libertad, impide que esto cumpla su objetivo.

3.2) La Ley 8.284 y la observancia de los estándares.

Creación:

Como mencionamos, la ley provincial N° 7.930 de septiembre de 2008 suponía la implementación legal del mecanismo que no vio la luz sino casi tres años después, con los poderes ejecutivo y legislativo movilizados por el estado público que tomaron los tristemente célebres videos de tortura en el Complejo Penitenciario II “San Felipe”²⁹⁶. En marzo de 2011 se aprobó la Ley Provincial N° 8.284²⁹⁷, disponiendo la creación de la “Comisión Provincial de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes” (en adelante CPPT) como órgano de aplicación del Protocolo Facultativo y como un organismo descentralizado, independiente y con personalidad jurídica propia, funcionalmente autónomo y financieramente autárquico, con independencia técnica, jerárquica y funcional respecto a cualquier otra autoridad, órgano u organismo provincial. A diferencia de la mayoría de la legislación en el país sobre MLP, en éste caso no se consigna la creación en el ámbito de la legislatura, asimilándolo a un órgano extrapoder²⁹⁸.

²⁹⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=56bvIw2nal0>
https://www.diariojornada.com.ar/7918/Policiales/Difunden_imagenes_de_torturas_a_presos_en_una_carcel_de_Mendoza

²⁹⁷ Ley N° 8.284. Promulgada el 22 de Marzo de 2011. Boletín Oficial del 16 de Mayo de 2011.

²⁹⁸ Algunas interpretaciones constitucionales entendieron que para incluir a la CPPT como órgano extrapoder se requería la modificación de la Constitución de Mendoza, lo que llevó a descartar la posibilidad y comenzar a estudiar el anclaje del organismo en el seno de la legislatura. Finalmente esto ocurriría más adelante, en 2019 con la reforma que veremos en el siguiente acápite.

Composición.

La Comisión está integrada por dos componentes:

1) el Procurador de las Personas Privadas de la Libertad, que es el presidente de la Comisión, funcionario único con remuneración idéntica a la de un Subsecretario del Poder Ejecutivo y duración de cinco años en el cargo (con posibilidad de una reelección). Posee amplias funciones y facultades vinculadas a la prevención de la tortura enumeradas en el Art. 25 de la Ley 8.284 y

2) el Comité Local para la Prevención de la Tortura integrado por un mínimo de cuatro (4) y un máximo de doce (12) miembros, designados por las organizaciones de derechos humanos. Estos cargos *ad honorem*, tienen una duración de dos años (reelegibles indefinidamente). Para su integración se tendrá en cuenta la diversidad de género, formación académica o especialidad y representación de las diversas regiones de la Provincia, sobre la base de la igualdad, la no discriminación y el carácter multidisciplinario del órgano. La Ley no especifica las funciones de éste Comité, pero indica que acompañará al Procurador en el desarrollo de las visitas y lo asesorará en sus investigaciones y en las actuaciones judiciales promovidas por éste, para la elaboración de las advertencias y recomendaciones, como así también en la elaboración de sus informes. En caso de disidencia, sólo se prevé que el Comité puede “asentar sus observaciones”.

Si bien la composición daría a entender que el MLP se trata de un cuerpo colegiado, de las distintas disposiciones de la ley se entiende que en realidad se trata de un órgano unipersonal, asistido por el Comité de índole consultivo. Se trata del único diseño institucional en el país que mantiene esta estructura compleja (unipersonal + comité asesor), que entendemos perfectible, pero superior en muchos aspectos a otros MLP en funcionamiento o creados por ley (no operativos).

Cuenta a su vez con un Secretario Ejecutivo que tendrá a su cargo todos los aspectos organizativos de la Comisión y, de resultar necesario, un Procurador Adjunto.

La ley establece que el Procurador de las Personas Privadas de Libertad en la Provincia de Mendoza será designado por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la H. Cámara de Senadores de la Provincia. Pero tal designación proviene de una terna vinculante propuesta por una Comisión Asesora conformada por la Cátedra de Derechos Humanos de las universidades locales, mediante concurso público de antecedentes y oposición, lo que equipara el procedimiento al de un magistrado. La reglamentación, que hace referencia especialmente al proceso de selección, se estableció en el Decreto provincial N° 2.207/11²⁹⁹. Allí se estipula la convocatoria de una Comisión Asesora, conformada por los titulares de cátedra de derechos humanos de las carreras de abogacía de las Facultades de Derecho de las Universidades locales, quienes tendrán a su cargo la conformación de la terna para propuesta al Gobernador. El procedimiento de evaluación supone un concurso público, abierto para cualquier persona que reúna los requisitos del Art. 19³⁰⁰ de la Ley 8.265, con cuatro instancias, en donde se evalúan con puntajes tarifados los resultados de: 1) Antecedentes laborales, 2) Antecedentes académicos y científicos, 3) Evaluación escrita (que consistirá en la resolución de casos teórico-prácticos) y 4) Coloquio personal con temario abierto para evaluación de conocimientos en la temática.

Por su parte, el Decreto también indica los pasos a seguir para la integración del Comité, cuyos postulantes deben ser propuestos por las organizaciones de derechos humanos.

Competencia³⁰¹:

²⁹⁹ Decreto N° 2207/11. Mendoza, 2 de setiembre de 2011, publicado en el Boletín Oficial el 18/10/2011.

³⁰⁰ Artículo 19 - Requisitos para los postulantes: Para ser postulado como Procurador de las Personas Privadas de Libertad en la Provincia de Mendoza los candidatos deberán reunir las siguientes cualidades: a) Ser argentino nativo o por opción. b) Haber residido en la Provincia de Mendoza durante cinco años, con ejercicio de ciudadanía no interrumpida si no hubiese nacido en ella. c) Tener veinticinco años de edad como mínimo. d) Poseer aptitud y conocimiento en la temática de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

³⁰¹ Art. 3. Ley 8.284.

La CPPT, como órgano de aplicación del OPCAT, actúa en la defensa y protección de los derechos y garantías de toda persona que se encuentre o pueda encontrarse privada de su libertad de cualquier modo, en cualquier tipo de establecimiento bajo jurisdicción y control del Estado Provincial. Asimismo sus facultades se extienden a la protección de aquellas personas alojadas en entidades de carácter privado de las que no puedan salir libremente, bajo cualquier forma de demora, retención, detención, internación o custodia, sea por orden de autoridad judicial, administrativa o de otra autoridad privada o pública, a instancia suya o con su consentimiento expreso o tácito. En pocas palabras, efectúa una adaptación de las definiciones de “lugar de detención” y “privación de libertad” que se encuentran previstas en el Art. 4 del Protocolo.

El criterio de privación de libertad, conforme a los estándares internacionales, es sumamente amplio y no se limita a los procesados o condenados por delitos penales, sino que se refiere a cualquier lugar en donde la persona se encuentre imposibilitada de salir libremente: cárceles, comisarías, hospitales psiquiátricos, hogares de adultos mayores, instituciones de cuidados sociales, centros de reclusión de migrantes y de adolescentes, entre otros.

Funciones Generales³⁰²:

- a) Inspeccionar periódicamente y sin previo aviso los lugares en que se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, con fines preventivos y claramente disuasivos.
- b) Controlar en forma permanente el trato que reciben las personas privadas de su libertad en los lugares de detención o durante los traslados, con miras a fortalecer su protección.
- c) Entrevistarse libre y privadamente con estas personas.

³⁰² Art. 4. Ley 8.284.

- d) Mantener reuniones con familiares, magistrados y funcionarios judiciales, abogados, médicos y otros profesionales de la salud.
- e) Acceder sin restricción alguna a toda la información referida a las personas y a los lugares de detención, retención o internación, compulsar documentos, acceder a todo tipo de archivos, expedientes administrativos y judiciales.
- f) Hacer informes sobre las situaciones verificadas y efectuar recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad.
- g) Supervisar las condiciones de trabajo del personal penitenciario y demás instituciones encargadas de la guarda y custodia de personas detenidas.
- h) Prestar permanente colaboración con el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y demás autoridades de la Organización de Naciones Unidas, con los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con los mecanismos de prevención que se establezcan a nivel nacional y en el resto de las provincias argentinas.

Método de trabajo: las inspecciones periódicas

Partimos de una premisa: “Las personas privadas de libertad son particularmente vulnerables al riesgo de violaciones de derechos humanos.”

Cuando se produce la pérdida de la libertad, la persona detenida depende casi exclusivamente de las autoridades y sus funcionarios/as públicas para garantizar su protección, sus derechos y la satisfacción de sus necesidades más básicas.

Las posibilidades de influir en su porvenir que tienen estas personas son limitadas, por no decir inexistentes. En tales situaciones, existe un riesgo inherente de abuso. Las inspecciones de monitoreo a cargo de un órgano independiente tienen como objetivo reducir y mitigar estos riesgos.

Estas inspecciones, complementadas con las recomendaciones e informes, van a colaborar en un objetivo específico: el acercamiento de las condiciones actuales de detención, con los estándares internacionales. Así, mediante la observación directa y la periodicidad, estos márgenes de distancia entre uno y otro (condiciones actuales y estándares) se debe ir reduciendo, aunque sea en forma paulatina. Distinto es el caso de la detección de una irregularidad de mayor gravedad, de un delito o de agravamientos ilegítimos de las condiciones de detención denominados “hallazgos”, en cuyo caso y como veremos, la CPPT se encuentra facultada y obligada a proceder mediante denuncias y/o acciones, como habeas corpus.

Esta nueva perspectiva y forma de trabajo se basa en la idea de que cuanto más abiertos y transparentes sean los lugares de detención, menores serán los abusos que allí se cometan. Para Manfred Nowak –Relator Especial contra la Tortura entre 2004 y 2010– se trata del “método más eficaz e innovador para la prevención de la tortura y los malos tratos en todo el mundo, y parte de la experiencia adquirida de que la tortura y los malos tratos normalmente se producen en lugares de detención aislados en donde quienes practican la tortura están seguros de estar fuera del alcance de una supervisión y rendición de cuentas eficaz.”³⁰³.

En pocas palabras, con las visitas periódicas se busca: Identificar aquellos riesgos que favorecen la aparición de la tortura y los malos tratos, emitir recomendaciones, advertencias y recordatorios al respecto, establecer un diálogo constructivo y cooperativo con las autoridades, facilitar el seguimiento e implementación de las recomendaciones y, en su caso, denunciar, interponer acciones, etc.

Los Mecanismos Locales, como organismos autónomos y funcionalmente independientes de los poderes del Estado, cuentan con la mejor posición para identificar los primeros signos de alerta y proponer medidas preventivas que se adapten a la situación y a los desafíos concretos de cada país. Su presencia permanente les permite

³⁰³ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe provisional a la Asamblea General, UN Doc. A/61/259 (14 de agosto de 2006).

llevar a cabo actividades de monitoreo con una periodicidad que resultaría imposible a un MNP y, más aun, para el SPT.

Entre los aspectos a monitorear encontramos: Las normas de trato, tortura y malos tratos, régimen de aislamiento, las medidas de coerción, potestad disciplinaria, el uso de la fuerza en general, el acceso a la información por parte de las personas detenidas, la separación de alojamiento entre las categorías de condenados y procesados, jóvenes y adultos, mujeres y varones, etc., alimentación, iluminación, ventilación, higiene, hacinamiento, actividades, contacto familiar, trabajo, servicios médicos, capacitación y condiciones laborales del personal.

La modalidad y programación de las inspecciones se decidirá con absoluta independencia técnica y funcional, para lo cual los miembros de la Comisión podrán seleccionar, con plena libertad, los lugares a los que deseen concurrir y las personas que deseen entrevistar, sea que se trate de privados de libertad o personal del establecimiento, y tendrán libre acceso para inspeccionar todas las dependencias de los locales y la compulsa de la documentación existente en los mismos³⁰⁴.

En el curso de las inspecciones los integrantes de la Comisión podrán ser asistidos por expertos y asesores, tomar fotografías, realizar filmaciones o grabaciones, siempre que no afecten los derechos de las personas allí alojadas (por ejemplo en el caso de niños, niñas o adolescentes) y se cuente con el consentimiento para ello.

También podrán solicitar a las autoridades administrativas y judiciales que correspondan, la adopción de medidas urgentes para la protección de personas privadas de libertad cuando en virtud de sus declaraciones pudieran ser víctimas de agresiones, castigos, represalias o perjuicios de cualquier tipo.

La Procuración Penitenciaria de la Nación posee una vasta experiencia en la materia que, a los fines de facilitar y mejorar el trabajo de monitoreo, ha procedido a dejar

³⁰⁴ Art. 5. Ley 8.284.

plasmados en los denominados “Cuadernos”, con distintas temáticas y enfoques dignos de resaltar³⁰⁵.

Poder Coercitivo³⁰⁶:

En caso de negativa de acceso a algún lugar o negativa a entrevistarse con alguna persona por parte de alguna autoridad, la Comisión deberá requerir el libre acceso, basado en la facultad que le otorga la propia ley.

No se podrá oponer disposición alguna que establezca el secreto de la información requerida, ni impedirse el ejercicio de estas facultades, salvo en casos excepcionales y sólo cuando se fundamente en el resguardo de la vida o la integridad física de un ser humano o del éxito de una investigación judicial.

Quien de cualquier modo obstaculice las funciones de la CPPT o impida la investigación de hechos denunciados ante ésta, incurrirá en el delito de desobediencia previsto en el Art. 239 del Código Penal y en algunos casos mal desempeño en el ejercicio de la función³⁰⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la persistencia en una actitud entorpecedora podrá ser objeto de un informe especial que será remitido al superior jerárquico que corresponda y, si resultare procedente, será incluido en la sección correspondiente del informe anual.

Investigaciones y acciones judiciales³⁰⁸:

La Comisión deberá iniciar y proseguir de oficio, o a petición del interesado, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de los

³⁰⁵ Entre ellos, podemos citar “Como *mirar* tras los muros” (2009), “Monitoreo en lugares de encierro para la prevención de la tortura”, “Primer encuentro de asesores del área salud de la Procuración Penitenciaria de la Nación” (2010), “Confinamiento Penitenciario. Un estudio sobre el confinamiento como castigo” (2014), entre otros.

³⁰⁶ Art. 10. Ley 8.284.

³⁰⁷ Art. 11. Ley 8.284.

³⁰⁸ Art. 6. Ley 8.284.

Agentes de la Administración Pública Provincial, que impliquen delitos, privaciones ilegítimas de libertad o agravamiento injustificado en las condiciones de detención.

Asimismo podrá participar como querellante en procesos penales y/o deducir acciones judiciales ante los tribunales competentes provinciales, nacionales o internacionales, como hábeas corpus, amparos, hábeas data, inconstitucionalidad, acción declarativa, medidas cautelares o provisionales, encontrándose legitimado para actuar en sede administrativa o judicial.

Informes³⁰⁹:

La ley provincial N° 8.284, en su artículo 7° prevé que la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura deberá dar cuenta de su labor mediante un Informe Anual que presentará ante la H. Legislatura Provincial, antes del 15 de junio de cada año. En él, se debe dejar constancia de todas las denuncias recibidas o presentadas ante los Poderes del Estado, indicar las recomendaciones realizadas y todo otro trámite que, a criterio de la Comisión, deba difundirse. Además deberá contener un anexo con la rendición de cuentas del presupuesto de la institución en el período que corresponda, aspecto que será omitido al carecer la Comisión de partidas presupuestarias desde su creación.

Los informes serán remitidos para su conocimiento al Poder Ejecutivo Provincial y a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y deberán publicarse anualmente.

Asimismo, en todo momento y cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo ameriten, podrá presentar Informes Especiales sobre casos y situaciones puntuales que merezcan ese tipo de tratamiento.

Igualmente deberá evacuar los informes que le requiriera cualquier miembro de las Cámaras de la H. Legislatura de la Provincia.

³⁰⁹ Art. 7. Ley 8.284.

Advertencias y recomendaciones³¹⁰:

La CPPT podrá solicitar información y colaboración a las autoridades del sistema penitenciario provincial y de todo establecimiento público o privado en que se encuentren personas privadas de libertad, en relación a todas las inspecciones e investigaciones que lleve adelante en el ámbito de su competencia.

Asimismo podrá formular a las autoridades públicas o privadas provinciales que correspondan las advertencias, recomendaciones o recordatorios de sus deberes legales y funcionales que crea conveniente; y efectuar propuestas para la adopción de nuevas medidas.

La respuesta a sus requerimientos no podrá demorar más de diez (10) días hábiles administrativos. En casos de suma urgencia o gravedad se podrá emplazar por un término menor.

Si cumplido el emplazamiento no se obtiene una respuesta adecuada o no se informan los motivos que justifiquen su incumplimiento, la Comisión podrá ponerlo en conocimiento de la autoridad que corresponda y dar cuenta del incumplimiento en el Informe Anual o Especial.

Funciones consultivas³¹¹:

La Comisión cumplirá funciones consultivas y de asesoramiento de todo ente público o privado que se encuentre relacionado con la custodia, internación, detención o retención de personas.

En cumplimiento de las mismas podrá:

a) Elaborar propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley de su especialidad.

³¹⁰ Art. 8. Ley 8.284.

³¹¹ Art. 9. Ley 8.284.

b) Recomendar una regulación de los cupos carcelarios y verificar los plazos de la prisión preventiva.

c) Hacer recomendaciones sobre el fiel cumplimiento del régimen progresivo de las penas privativas de la libertad.

d) Asesorar sobre programas educativos especiales relacionados con la enseñanza en cualquiera de sus niveles; para la formación del personal de las fuerzas de seguridad y personal penitenciario.

e) Proponer otras acciones destinadas a la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y cualquier otra práctica que por su carácter implique violaciones a la integridad física o psíquica o que de cualquier modo pudiera afectar la dignidad de las personas privadas de libertad y el trato humano que les es debido.

Presupuesto:

La Ley 8.284 en su Art. 13 tiene previsto que los recursos deberán ser cubiertos por una partida presupuestaria individual que será asignada mediante el Presupuesto General de la Provincia. El Procurador debe proponer al Poder Ejecutivo su presupuesto anual de gastos, un mes antes de la remisión a la H. Legislatura del Presupuesto General de la Administración. A los efectos operativos la CPPT contará con servicio administrativo y financiero propio.

El concurso público para el cargo de Procurador de las Personas Privadas de Libertad, presidente del mecanismo creado, fue realizado a fines de julio de 2013. A instancias de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales del Senado, la audiencia pública respectiva fue realizada el día 10 de Abril de 2013. El Senado, en virtud del pedido de acuerdo elevado por el Poder Ejecutivo, aprobó el pliego remitido el día 15 de Abril de 2013 y mediante Decreto N° 881 (Expte. N° 5359-H-2013-00020), publicado en el boletín oficial del día 19/07/13, estableció la designación del primer Procurador de las

Personas Privadas de Libertad de Mendoza, quien entró en funciones a los treinta días de la notificación del mismo, el lunes 3 de Febrero de 2014.

Durante el mandato de esa primer designación (que contempla del año 2014 a 2019), el Procurador realizó sus funciones sin asignación presupuestaria y sólo provisto de su remuneración y la invaluable asistencia de las y los integrantes del Comité Local que, sin el más mínimo apoyo estatal, cumplieron sus funciones de monitoreo y control, además de un mantenimiento sostenido del diálogo cooperativo con todas las autoridades vinculadas al encierro. A fines de 2015 accedió a una oficina en Casa de Gobierno y se le asignaron dos profesionales que lo acompañaron hasta el cese de su mandato. Pese a reiterados y oportunos pedidos tendientes a regularizar la situación e implementación de la Ley y del Protocolo, no se logró el adecuado cumplimiento de estándares mínimos, a pesar de la carga histórica de la creación de la figura y el mantenimiento de nuevas medidas a cargo del Sistema Interamericano a partir de 2014.

3.3) Una reforma regresiva.

A fines de 2019 el gobierno de Mendoza envió la Nota N° 486-L a la Cámara de Senadores, mediante la cual se llevaría a cabo una serie de modificaciones sustanciales en la estructura y forma de elección de los integrantes del Mecanismo. Con ello, sin dudas, se buscó desvirtuar la naturaleza de órgano de control de la CPPT y, con una notablemente regresiva reforma legislativa, vulnerar los estándares de autonomía e independencia de los demás poderes del Estado que, por tratarse de un órgano de control externo, resultan necesarios.

Si bien, como hemos visto, la ley 8.284 original contenía algunas disposiciones que planteaban un desafío para su implementación –como la autarquía financiera-, su diseño institucional se encontraba entre los mejores a nivel nacional, sobre todo por tratarse del primero que dispone un concurso de antecedentes y oposición para el acceso al cargo superior (luego lo hicieron Salta y Chaco) y porque le otorga una importante intervención a la sociedad civil³¹², a través de las organizaciones de derechos humanos que integran el Comité, generando un doble control de la gestión y un equilibrio de fuerzas³¹³, además de garantizar la autonomía, independencia y mirada externa.

Para comenzar el análisis, es necesario indicar que la propuesta de reforma vino impulsada por la firma del entonces gobernador y por el titular del Ministerio de Seguridad. Esto, de por sí, es altamente llamativo y atenta contra la independencia del MLP ya que precisamente ese Ministerio es uno de los ámbitos principales objeto de los controles de la Comisión.

La aparente finalidad de la reforma plasmada en su nota de remisión a la H. Legislatura a modo de exposición de motivos es, por un lado, “incorporar nuevos actores que hoy

³¹² Aunque manteniendo su representación en carácter ad honorem.

³¹³ El equilibrio natural de la Ley se daba en el texto original ya que, si bien el número de representantes de ONG era superior (entre cuatro y doce), sus funciones eran limitadas al acompañamiento y asesoramiento del Procurador (Art. 28 Ley 8284). Además los integrantes del Comité no eran remunerados, a diferencia del Procurador y, al ser un órgano unipersonal y no un colegiado, aquellos no tenían incidencia directa o voto en las acciones de éste. La cantidad de personas designadas por la sociedad civil guardaba relación con los estándares de su integración, según los cuales se debía tener en cuenta la diversidad de género, formación académica o especialidad (perfil multidisciplinario de los MLP) y representación de las diversas regiones de la provincia.

están vinculados a la defensa y observancia de los derechos humanos por parte de las instituciones públicas y privadas” y, por el otro, “equilibrar la representación de la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura”. Sin embargo, ello se podría haber alcanzado incorporando a esos actores –así como otros curiosamente excluidos- y no con una propuesta que, claramente, deja sin representación real a los organismos de derechos humanos de Mendoza, como veremos más adelante.

Continúa la motivación de la reforma, indicando que la misma se eleva “sin detrimento de la independencia de los Poderes del Estado provincial” cuando en realidad deja a merced de otros poderes (el Ejecutivo y el Legislativo) el funcionamiento mismo de la Comisión, en un claro avance contra la independencia y autonomía.

La propuesta revela que el proyecto va en consonancia con las últimas leyes y reformas en los mecanismos de prevención de la tortura de otras provincias y el mecanismo nacional, cuando la realidad indica que la tendencia –en aras a la institucionalidad y en resguardo de los principios de independencia y autonomía, sumado al requisito de la idoneidad– es la realización de concursos públicos transparentes (como ha ocurrido recientemente en el caso del Mecanismo de la provincia de Salta y posteriormente con el MLP de Chaco).

Se hace referencia a la Ley 8.928, que crea el Ministerio Público de la Defensa, organismo cuyo titular también es nombrado por el Poder Ejecutivo, sin concurso público.

Omite el proyecto los principios de complementariedad y subsidiariedad que rige en materia de prevención de la tortura (de acuerdo al Art. 5 de la Ley Nacional N° 26.827), que implican sumar, adicionar o incorporar actores en la búsqueda del objetivo y no disminuir la capacidad de incidencia de los organismos de derechos humanos a los que, claramente, se pretendió anular o disminuir a la mínima representación casi testimonial.

Del mismo modo, el proyecto plantea la incorporación del área específica de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo y de la Comisión de Derechos Humanos de la Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de Mendoza al Comité Local para la

prevención de la Tortura, con la supuesta finalidad de “alcanzar en forma más equilibrada los objetivos y las funciones que están previstas en la ley para la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura”.

En definitiva, la motivación de la propuesta resulta, evidentemente, el debilitamiento de la intervención de la sociedad civil en la Comisión y la pérdida de autonomía respecto del Poder Ejecutivo, impulsada por el Ministerio que debe, prioritariamente, ser controlado por la misma. Se trata de un intento de someter a un órgano de contralor al poder de turno, desvirtuando las funciones de control y objetivos que se proponen en la ley original.

El texto finalmente aprobado mediante Ley N° 9.253, publicada en el Boletín Oficial el 17 de septiembre de 2020, dispuso a grandes rasgos las siguientes reformas a la Ley 8.284:

1) **Ámbito:** Modifica el ámbito de la CPPT (que anteriormente era autárquico) que pasa al ámbito de la Unidad Legislativa de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Mendoza. Como consecuencia de ello, la legislatura debe contemplar el presupuesto.

La reforma del Artículo 1° se presenta como una alternativa razonable, en virtud de la necesidad de dotar a la Comisión de un anclaje presupuestario que en la ley original no poseía. Si bien la reforma va en desmedro de la independencia que propone la convención internacional, lo cierto es que los organismos contra la tortura de todas las provincias, e incluso el sistema nacional creado por Ley 26.827, dependen de los cuerpos legislativos.

2) **Elección del Procurador:** El Procurador de las Personas Privadas de Libertad de la Provincia de Mendoza ya no deberá sortear un concurso público de oposición y antecedentes para integrar una terna vinculante, sino que directamente será designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

En este punto podemos evidenciar una de las reformas más regresivas en materia de estándares e institucionalidad, ya que se abandona el concurso público de antecedentes

y oposición, detallado en el Decreto 2.207/11. Con la eliminación del concurso, se pone en riesgo no sólo la probanza de la idoneidad y la transparencia en la designación, sino también la necesaria independencia del Procurador, ya que su nombramiento dependerá de la mera cercanía política con el poder de turno, algo que contraría todo lo que representa el cargo.

Cualquier integrante de un MNP o MLP –y, con mayor razón, su presidente– debe ser independiente en el sentido que no deben tener fidelidades personales con líderes políticos, o con el personal de las agencias de cumplimiento de la ley. Aunque el miembro propuesto actuaría en la práctica de manera imparcial, si puede ser percibido/a que actuaría de forma sesgada, esto podría comprometer seriamente el trabajo de la Comisión. Por ende, es absolutamente esencial que los miembros del MNP sean independientes, y sean percibidos como tal.

En consonancia con lo anterior, la modificatoria reemplaza en el Art. 19 la frase “los candidatos” al momento de indicar los requisitos que debe reunir el Procurador, ya que no existirán, quedando bajo la exclusiva órbita del gobernador su nombramiento.

3) Composición del Comité: Modifica la composición del Comité Local que ahora estará integrado por cinco (5) integrantes: un miembro que represente el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, un miembro que represente la Dirección de Derechos Humanos o área equivalente del Poder Ejecutivo, un miembro de la Comisión de Derechos Humanos de la Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de Mendoza, un representante por parte de ONG que desarrollen actividad de defensa de los derechos de las personas privadas de libertad y de prevención de la tortura con sede en el Gran Mendoza y un representante por parte de ONG con sede en el resto de la provincia. Estas organizaciones serán propuestas por un “Consejo Asesor” que estará integrado por las organizaciones preexistentes dedicadas a la temática.

Aquí se produce una de las modificaciones más groseras al reducir a la mínima expresión la participación de la sociedad civil: los doce (12) miembros designados por las organizaciones no gubernamentales que dispone este artículo de la Ley 8.284, en el

proyecto enviado a la legislatura se reducen a un único o única representante, aunque posteriormente se aumentó a dos, por cuestiones de representación territorial.

La drástica reducción, además de lucir como regresiva en materia de participación de miembros de la sociedad civil en el sistema provincial de prevención de la tortura, dificulta que la integración pueda dar cuenta de la requerida "... diversidad de género, formación académica o especialidad y representación geográfica de la provincia, sobre la base de la igualdad, no discriminación y el carácter multidisciplinario del órgano".

Debe señalarse que objetivamente se genera un desequilibrio en detrimento de la independencia técnica, jerárquica y funcional respecto a cualquier otra autoridad, órgano u organismo provincial que prescribe el artículo 1º. Esa independencia es propia de la que deben tener los organismos de control del quehacer estatal y la reducción de la participación de las organizaciones de la sociedad civil debilita el control de la ciudadanía sobre funcionarios públicos vinculados con el sistema de justicia, seguridad y salud. En efecto, mientras que la CPPT en la ley original sólo tenía una única persona designada por el Poder Ejecutivo (aunque surgida de un concurso y con acuerdo de la H. Cámara de Senadores) que interactuaba con un máximo de doce integrantes *ad honorem* provenientes de la sociedad civil comprometidas con la defensa de los Derechos Humanos, con la redacción impuesta por ley 9253 se condiciona en favor de personas que, indirectamente, provienen del Ejecutivo. Esta composición mayoritaria de personas designadas por el Poder Ejecutivo provincial en la CPPT no es consistente con la de un organismo de control que principalmente debe controlar lo que ocurre en el ámbito del quehacer del Servicio Penitenciario Provincial y la Policía de la Provincia de Mendoza, siendo que ambas instituciones con la mayor cantidad de personas privadas de la libertad en la provincia se encuentran bajo dependencia directa, precisamente, del Poder Ejecutivo a cargo del Gobernador de la Provincia.

Asimismo deja a los representantes de la sociedad civil en una grosera desventaja en relación a los demás integrantes del nuevo Comité, al ser los únicos miembros de la Comisión que no percibirá remuneración alguna, lo que implica una dificultad para participar en términos igualitarios con las demás personas que integrarían la CPPT.

Sobre las incorporaciones al Comité de la Defensa Pública, el área de derechos humanos del Poder Ejecutivo y el Colegio de Abogados, podemos reiterar lo dicho respecto de los principios de complementariedad y subsidiariedad que aplican a todos los casos. En segundo lugar, la incorporación del área de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo abiertamente atenta contra la independencia y autonomía de la Comisión respecto al Poder Ejecutivo Provincial. En tercer lugar, desconocemos el motivo de la propuesta exclusiva respecto del Colegio de Abogados y no de otros colegios profesionales, en virtud de la intervención multidisciplinaria de una comisión contra la tortura. La participación de psicólogos, trabajadores sociales, médicos, educadores, entre otros, junto a los abogados, perfectamente podría dar cuenta de la diversidad de formación académica o especialidad que requiere tanto el texto de la Ley 8.284 como el Protocolo Facultativo. En ese orden de ideas, y con mayor énfasis, podría haber incorporado a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza³¹⁴, que realiza similares tareas e incluso monitoreo en establecimientos de privación de libertad.

Además de los tres puntos anteriores, la Ley 9253 corrige la remuneración del Procurador Adjunto y del Secretario Ejecutivo, que en la ley arrastraba un error producto de las modificaciones al proyecto original durante las discusiones en las Cámaras.

La opinión crítica respecto de esta modificación fue sostenida por el Comité Nacional en su informe anual de 2020, en los siguientes términos:

De manera similar, el CNPT tomó conocimiento de un proyecto de ley modificadorio del mecanismo local en la Provincia de Mendoza, que era impulsado por el Poder Ejecutivo provincial. Tras analizar el proyecto, el CNPT remitió observaciones formales al gobierno provincial, advirtiendo que la iniciativa buscaba reducir la participación de las organizaciones de la sociedad civil, eliminaba el concurso público para el cargo de Procurador de la Personas Privadas de Libertad y no estaba en sintonía con los principios de independencia, imparcialidad y autonomía que deben organizar los mecanismos locales de

³¹⁴ Creada mediante Acordada N°24842 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

prevención en el país. Asimismo, el Comité consideró que, en caso de aprobarse, implicaría un incumplimiento del acuerdo de solución amistosa celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Internos de las Penitenciarías de Mendoza vs. Argentina” (Informe 84/2011 CIDH). Por ello, el Comité solicitó que se tomen las medidas pertinentes para que el proyecto de reforma fuera dejado sin efecto. Al cierre de este informe, el proyecto no había sido tratado por la legislatura provincial.³¹⁵

Previo a ello, el CNPT emitió dos comunicados, el 12 de diciembre de 2019³¹⁶ y el 13 de julio de 2020³¹⁷ ante la alarma institucional que suponía la reforma propuesta por el gobierno.

En consideración del CNPT, el proyecto que busca reformar la Ley 8.284 reduce la participación de las organizaciones de la sociedad civil y no está en sintonía con los principios de independencia, imparcialidad y autonomía que deben organizar los mecanismos locales de prevención en el país. Asimismo, el Comité manifiesta que la iniciativa de reforma legislativa desconoce el acuerdo de solución amistosa entre peticionarios y el Estado nacional aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante el Informe 84/2011, en el caso “Internos de las Penitenciarías de Mendoza vs. Argentina”.

A su vez, el proyecto de reforma analizado por el CNPT elimina el concurso destinado a seleccionar al Procurador de la Personas Privadas de Libertad, medida que constituye un retroceso evidente en materia de idoneidad e independencia de quien ocupe ese cargo estratégico. También recorta la participación en la Comisión de las organizaciones de derechos humanos, organismos cuyo surgimiento es anterior a la existencia del Mecanismo Local y que llevan adelante, desde hace décadas, litigios estratégicos, inspecciones y monitoreos destinados a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad en la provincia de Mendoza.

Por las razones expuestas, el Comité solicita se tomen las medidas pertinentes para dejar sin efecto el proyecto de reforma de la Ley provincial 8.284.³¹⁸

³¹⁵ Informe Anual 2020 CNPT. Pág. 19

³¹⁶ <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/07/Nota-al-Gobernador-diciembre-2019-.pdf>

³¹⁷ <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/07/Nota-Gobernador-Mza-13-julio-2020.pdf>

De más está decir que la posición del órgano rector del Sistema Nacional no fue tomada en cuenta por las autoridades locales, quienes ignoraron el pedido de participación del CNPT en la discusión legislativa, siguieron adelante, aprobaron e implementaron las reformas en forma parcial³¹⁹. El CNPT en su último documento referido a la existencia de registros sobre tortura³²⁰ destacó respecto a la Ley 8.284 que “...La norma ha sido recientemente reformada (mediante ley 9253), lo que ha sido identificado como un retroceso tanto por la modificación en la dependencia del cargo de Procurador y su pérdida de independencia, como por la reducción de la participación de la sociedad civil en el Comité”.

³¹⁸ <https://cnpt.gob.ar/el-cnpt-rechaza-el-proyecto-de-reforma-a-la-ley-del-mecanismo-local-de-prevencion-en-mendoza/>

³¹⁹ Todavía no se produce una elección del Procurador conforme al nuevo procedimiento, pero si se conformó el Comité con las autoridades de la Dirección de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo, la Defensa Pública y el Colegio de Abogados al vencerse el mandato de los integrantes originales del Comité Local. Cabe destacar al respecto que no se tiene noticias, al momento del cierre de este trabajo, de la participación de la sociedad civil en las actividades de la CPPT a partir del año 2020.

³²⁰ Comité Nacional de Prevención de la Tortura. “Tortura y malos tratos Registros y producción de información sobre casos en Argentina”. 2021. Página 57. Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/tortura-y-malos-tratos-web-1.pdf>

Parte III.- CONCLUSIONES:

A lo largo del trabajo que hemos encarado, tendiente a indagar al grado de implementación en Argentina de dos instrumentos internacionales referidos específicamente a la temática de la tortura, hemos discurrido en primer lugar por las reglas internacionales en materia de tratados, buscando la verdadera naturaleza y significancia de los compromisos a partir de su ratificación.

Estudiamos el contenido y alcance de las disposiciones de la Convención contra la Tortura y de su Protocolo Facultativo que, si bien poseen objetivos teóricos y prácticos diferenciados, se complementan y hacen a un todo que es la lucha contra el fenómeno de la violencia estatal en contextos de privación de la libertad. De entre las obligaciones que nacen en cabeza de los Estados Parte, efectuamos dos recortes (necesarios para circunscribir el objeto de análisis), primero tomando aquellas que por diversas razones consideramos esenciales e influyentes sobre el resto y, luego, limitando el examen de las mismas desde una perspectiva estática o normativa. Es decir, no ahondamos en las implicancias prácticas del cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones omitiendo, en consecuencia, la investigación de la evolución jurisprudencial de la tortura en el país y el funcionamiento concreto de cada mecanismo implementado, nacional o local.

Si bien el recorte en el objeto de estudio a una mirada eminentemente normativa nos limitó en cuanto a las posibilidades de conclusiones, nos acercó a una evaluación concreta y medible en la que, poniendo la mirada en la buena fe con que dichas obligaciones se supone que serán cumplidas, pudimos verificar el grado de apego de la Argentina, y sus componentes federales en su caso, a una serie de aspectos que son requeridos por las normas internacionales, con resultados esperablemente diversos.

Así, luego de algunos señalamientos, podemos decir que el delito de torturas se encuentra relativamente bien implementado en nuestro Código Penal, con un tipo penal que satisface –e incluso mejora según nuestro criterio– algunos de los estándares en la

materia, aunque resulte perfectible al momento de implicar a los particulares en la participación criminal y demás elementos analizados. Sin embargo, en el proceso de penalización de las prácticas delictivas vinculadas a los malos tratos, debemos decir que poco tuvo que ver la ratificación de la Convención contra la Tortura, puesto que el verdadero impulso vino de la mano de la reciente historia de barbarie durante la última dictadura cívico-militar que padeció la Argentina en la década de 1970 y principios de los '80.

No obstante ello, debemos señalar que la Convención vino a transparentar el fenómeno y hacerlo trascender del hecho histórico con el que se lo asimilaba y se encontraba anclado, recordando que la tortura continuaba y continúa al día de hoy en los lugares de detención en sentido amplio. Su relevancia viene dada por la necesidad de visibilizar la tortura como una práctica habitual y actual, y la generación de obligaciones por parte de los Estados de la toma de una serie de medidas, entre las que la sanción penal constituye una piedra basal. Asimismo, la CCT trajo a discusión mayores precisiones sobre el término y amplió su conceptualización para incluir situaciones y tipos de padecimiento antes omitidos. Sin el reconocimiento de la tortura como un delito grave, que posee la virtualidad de vulnerar numerosos bienes jurídicos muy caros para el ordenamiento legal argentino y las bases de la democracia, difícilmente podría un Estado tomar medidas para su erradicación, su prevención y sanción. Resta ahora, con las nuevas experiencias y evolución jurisprudencial, efectuar los ajustes necesarios para adecuar los tipos penales relacionados con la tortura y los malos tratos. El proceso parece estar en marcha y los actores intervinientes en el mismo garantizan un serio y esperanzador abordaje del tema.

Conforme a los antecedentes analizados, consideramos que la tipificación del delito de torturas a nivel global encierra una dificultad que viene dada por la indefinición de algunos de sus términos y, particularmente con la gravedad inherente que la diferencia de otras figuras. Más allá de los válidos señalamientos que ha tenido la figura contemplada en el Art. 144 ter de nuestro Código Penal por parte del Comité y el Relator Especial, el foco en el que la comunidad internacional debe centrarse es la limitación de los niveles de impunidad que podrían derivar de tal indefinición. La

imposición de torturas debe ser necesariamente delimitada y diferenciada, de un modo objetivo y unívoco, de otras figuras menos gravosas, de modo tal que acote el margen de discrecionalidad judicial y aporte a los operadores una herramienta específica destinada a la sanción penal de las conductas que la contemplan. Se trata, sin dudas, de una deuda pendiente y una necesidad.

Por su parte, la implementación del Protocolo parece sufrir otra suerte, ya que aun considerando el importantísimo paso que fue la creación y puesta en funciones del CNPT así como el ostensible esfuerzo que han puesto sus integrantes en lograr avances, ello no se ha traducido en acciones de relevancia dignas de mención, al menos en cuanto al acotado objeto de análisis de este trabajo; sobre todo en relación a las provincias, donde el panorama se presenta bastante más complejo y la tendencia no se vislumbra muy alentadora, salvando casos aislados que rompen la lógica general. En particular, es llamativa la falta de avance –pese al tiempo transcurrido desde la ratificación del Protocolo y la vigencia de la Ley 26.827– en la discusión y creación de los órganos de monitoreo periódico, la no implementación uniforme del Protocolo, la disparidad de criterios y situaciones en cuanto los mecanismos existentes, las graves falencias en algunas legislaciones locales y las reformas regresivas que atentan contra la necesaria independencia y autonomía de los MLP que, en algunos casos como el de Mendoza, tornan ilusoria la efectividad del Sistema Nacional de Prevención.

Creemos que el camino adoptado por el Comité de Prevención de la Tortura de la provincia de Chaco representa un verdadero ejemplo en materia de diseño, madurez institucional y transparencia, en donde evidentemente se aprovechó la experiencia acumulada de casi diez años de trabajo sostenido y una evidente posición digna de mención por parte de las autoridades que comprendieron la necesidad de contar con un organismo de monitoreo verdaderamente independiente y profesional. Ese camino debe ser estudiado en profundidad a efectos de poder replicar el modelo en otras jurisdicciones.

Debemos sincerar que un diseño institucional perfecto, una tipificación penal milimétrica y una serie de aspectos formales a cumplimentar por el Estado no

garantizan el fin último que se busca cuando se habla de prevención de la tortura. Pero no tenemos dudas que estos elementos propician un punto de partida necesario para implementar de un modo adecuado el resto de las obligaciones surgidas de los tratados en cuestión.

La tarea no parece sencilla, y los cambios institucionales no serán vistos a corto plazo, pero lo que no debe estar sujeto a discusión es la presencia de todos los órganos de contralor y de la sociedad civil en los espacios de privación de libertad. La sola presencia, la visibilización de las prácticas, la mirada atenta y experta y el diálogo directo, sin intermediarios, con las personas privadas de libertad, deben ser ejes y políticas públicas innegociables, más allá de las estrategias que se puedan emplear para modificar las realidades.

Así como la República Argentina cuenta con un lamentable historial en relación a la vulneración de derechos humanos, también posee una reciente cultura de vanguardia en reconocimiento de derechos, enraizada y motorizada por una sociedad civil organizada y firme en sus convicciones, profesionalizada y activa, que generan un piso mínimo que invita a pensar en un futuro más prometedor.

BIBLIOGRAFÍA:

- ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT), The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar, Ginebra, APT, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. 1999.
- BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, Lima, Perú, del 17 al 21 de Septiembre de 1990. Recuperado el 27 de octubre de 2020 de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf
- BARBERIS, Julio Alberto. “El concepto de Tratado Internacional”. Anuario de derecho internacional N° VI. Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1982, pp. 3-28
- COMITÉ NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (CNPT). *Informe Anual 2020*. Disponible en <https://www.senado.gob.ar/upload/35729.pdf>
- COMITÉ NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (CNPT). *Tortura y malos tratos Registros y producción de información sobre casos en Argentina*. 2021. Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/tortura-y-malos-tratos-web-1.pdf>
- COMITÉ NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (CNPT). *Conclusiones preliminares del 1º Conversatorio sobre el Tipo Penal de Tortura*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mayo de 2020. Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/09/DOC-5-Anexo-4-Conversatorio-sobre-TP-Tortura.pdf>
- HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. viii, 263. 21s.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT). El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: Un Manual para la Prevención. San José de Costa Rica, 2004.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT). El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Manual para su implementación (edición actualizada). San José de Costa Rica, 2010.

- KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2005. Recuperado el 5 de febrero de 2021 de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142533>
- NASH ROJAS, Claudio. Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Versión revisada de la Conferencia presentada en Seminario Internacional “Hacia la Implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Cruelles, Inhumanos y Degradantes”, Montevideo, Uruguay, 30 de septiembre de 2008. Recuperado el 11 de noviembre de 2020 de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142667>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). Prevención de la Tortura. El Papel de los Mecanismos Nacionales de Prevención. Guía Práctica. Serie de Capacitación Profesional N° 21. Nueva York y Ginebra, 2018. En: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/NPM_Guide_SP.pdf
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMCT). Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura: Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Serie de Manuales de la OMCT Vol. 4. Ginebra, segunda edición de junio de 2014.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación. ¿Cómo mirar tras los muros? Procedimientos e instrumentos de investigación y monitoreo de la Procuración Penitenciaria de la Nación en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. Buenos Aires, reimpresión de mayo de 2013.
- RAFECAS, Daniel Eduardo. La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- REDRESS. Interiorizando la prohibición internacional de la tortura. Guía de implementación nacional de la convención contra la tortura y otros tratos o penas otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Londres, enero de 2006. Recuperado el 10 de diciembre de 2020 de <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Spanish-CAT-final-8-May-2006.pdf>
- RIGHI, Esteban. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- RODLEY, Nigel. The Treatment of Prisoners under International Law, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 75-107.

- SALINAS, Pablo Gabriel. La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Realidad social y regulación jurídica. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- SALINAS, Pablo Gabriel. El Caso de las Penitenciarías de Mendoza y el Sistema Interamericano, Buenos Aires, Editores del Puerto, Marzo de 2013.
- SALT, Marcos. Pautas para una reforma progresista del derecho penitenciario en América Latina. A propósito de la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, N° 4-5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SDH). Construcción de consensos federales para la implementación del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura de Naciones Unidas en la Argentina. Recomendaciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para la creación y desarrollo de los Mecanismos Locales de Prevención de la Tortura. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Recuperado el 15 de septiembre de 2020 de http://www.jus.gob.ar/media/2809188/5-conadi_-_recomendaciones_sobre_mlp.pdf
- SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. CAT/OP/12/5. Ginebra, 9 de diciembre de 2010. En: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/CAT/OP/12/5#:~:text=El%20mecanismo%20nacional%20de%20prevenci%C3%B3n%20debe%20planificar%20su%20trabajo%20y,o%20penas%20cruelles%2C%20inhumanos%20o>
- SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Instrumento analítico de autoevaluación de los mecanismos nacionales de prevención. Guía preliminar del Subcomité para la Prevención de la Tortura sobre el funcionamiento de un mecanismo nacional de prevención. CAT/OP/1. Ginebra, 6 de febrero de 2012 por el SPT. En: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/SPTanalytical_toolsNPM-Spanish.pdf
- UÇARYILMAZ, Talya. “El Principio De Buena Fe en el Derecho Internacional Público”. Estudios De Deusto Volumen 68/1. Bilbao, Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, enero-junio de 2020, pp. 43-59. Publicado el 3 de julio de 2020 en [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp43-59](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp43-59).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Ediar, 2015.

ANEXOS:

Se incorporan como anexos dos instrumentos de evaluación de los Mecanismos Nacionales de Prevención, aplicables a los Mecanismos Locales. Se trata de dos versiones elaboradas a partir de los criterios establecidos por el Protocolo Facultativo, las Directrices del SPT sobre MNP³²¹ y la herramienta de Autoevaluación de MNP³²², pero que difieren levemente. La primera matriz (Anexo I) se corresponde con una versión disponible únicamente en inglés³²³ en la página oficial del Subcomité³²⁴, que tiende a la evaluación por parte de los Estados respecto a la implementación del Protocolo y sus obligaciones respecto a los Mecanismos. La segunda matriz (Anexo II) se encuentra disponible en español³²⁵ y mantiene criterios de evaluación más amplios, incluso algunos ítems a cargo del propio MNP.

Su inclusión como anexos obedece a que en gran medida resumen las expectativas del órgano de tratado en cuanto a diseño institucional y pautas de funcionamiento de los mecanismos, y deben resultar una guía ineludible para la discusión legislativa cuando se pretende crear, modificar o reglamentar un Mecanismo Nacional o Local. Creemos que, mediante su observancia, se garantiza un piso mínimo para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones más relevantes que surgen del Protocolo.

³²¹<https://undocs.org/pdf?symbol=es/CAT/OP/12/5#:~:text=El%20mecanismo%20nacional%20de%20prevenci%C3%B3n%20debe%20planificar%20su%20trabajo%20y,o%20penas%20cruelles%2C%20inhumanos%20o>

³²² https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/CAT-OP-1-Rev-1_es.pdf

³²³ Ofrecida aquí mediante traducción propia.

³²⁴

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/NPM/NPM_Assessment_matrix_for_States.docx

³²⁵ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/Matrix_SP.doc

Anexo I: Matriz de evaluación de MNP para Estados Parte.

Introducción					
	PÁRRAFO DE LA HERRAMIENTA DE EVALUACIÓN	NO	Parcial	SI	Comentarios
1. ¿Se incluye plenamente la educación y la información sobre la prohibición de la tortura en la formación de cualquier personal que pueda estar involucrado en la privación de libertad de personas?	1 y 9.e	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
2. ¿Está incluida la prohibición de la tortura, los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes en el reglamento de trabajo de dicho personal?	1	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
3. ¿Se revisan sistemáticamente todos los métodos y procesos para privar de la libertad a una persona?	1	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
4. ¿El Estado Parte garantiza la independencia organizativa y funcional del MNP?	3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
5. ¿Ha proporcionado el Estado Parte al MNP los recursos necesarios, suficientes y apropiados para que pueda llevar a cabo sus funciones de acuerdo con los requisitos del OPCAT?	3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
6. ¿Se ha proporcionado recursos en cooperación con el MNP, escuchando sus necesidades y estimaciones reales?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
7. ¿El Estado Parte se abstiene de supervisar el MNP?	3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
8. ¿Tiene el MNP la capacidad de funcionar de conformidad con los "Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos" (Principios de París) ³²⁶ ?	4	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

³²⁶ <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>

9. ¿El Estado Parte mantiene un contacto directo con el SPT?	5	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
10. ¿El Estado Parte realiza de manera sistemática y periódica una autoevaluación de sus obligaciones con respecto al MNP?	6	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
11. ¿El Estado Parte participa en un proceso de diálogo significativo con el MNP en relación con la implementación de las recomendaciones formuladas por este último?	9.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
12. ¿El Estado Parte busca la contribución del MNP en los informes que debe presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas y a las instituciones regionales, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de tratados?	9.h	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Organización del MNP					
Factores a evaluar		NO	Parcial	SI	Comentarios
13. ¿El mandato y las facultades del MNP están claramente establecidos en un texto constitucional o legislativo nuevo o existente, especificando su composición y su ámbito de competencia?	10	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
14. ¿Este mismo texto constitucional o legislación específica que el mandato de visita del MNP se extiende a cualquier lugar donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, según lo establecido en el artículo 4 del OPCAT?	10	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
15. ¿La legislación pertinente especifica el período de mandato de los miembros del MNP (por un período determinado o indeterminado)?	11	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

16. ¿La legislación pertinente específica algún motivo para su despido?	11	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
17. ¿La legislación garantiza que tanto los miembros del MNP como su personal gocen de los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones?	11	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
18. ¿La legislación aborda el tema de las represalias y otras acciones de tal naturaleza contra los miembros del MNP, sus colaboradores o cualquier persona que se haya comunicado con el MNP?	11	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
19. ¿El MNP tiene la facultad de seleccionar libremente los lugares de privación de libertad en los que se realizarán las visitas?	12.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
20. ¿El MNP tiene la facultad de realizar un examen periódico del trato de las personas privadas de libertad en esos lugares?	12.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
21. ¿El MNP tiene el poder de determinar el momento de tales visitas?	12.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
22. ¿El MNP tiene la facultad de determinar si las visitas deben ser anunciadas o no?	12.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
23. ¿El MNP tiene la facultad de seleccionar a las personas que serán entrevistadas?	12.a	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
24. ¿El MNP tiene acceso a toda la información personal y sensible necesaria para cumplir con su mandato?	12.b	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
25. ¿Tiene acceso a todas las instalaciones?	12.b	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
26. ¿Tiene acceso a todas las personas necesarias para cumplir su mandato?	12.b	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
27. ¿Tiene la facultad de hacer recomendaciones a las autoridades pertinentes?	12.c	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

28. ¿Tiene derecho a tener contacto con el SPT?	12.e	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
29. ¿Están todas estas facultades establecidas en la legislación?	12	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
30. ¿Los miembros del MNP son elegidos mediante un proceso abierto, transparente e incluyente?	13	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
31. ¿El proceso de selección está prescrito en la legislación vigente sobre el MNP?	13	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
32. Si el MNP realiza otras funciones además de las del OPCAT, ¿las funciones del MNP están ubicadas dentro de una unidad o departamento separado, con su propio personal y un presupuesto separado?	14	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
33. ¿El Estado ha puesto a disposición los recursos necesarios para el efectivo funcionamiento del MNP?	15	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Seguimiento de las recomendaciones propias y las del SPT					
34. ¿El Estado Parte mantiene un diálogo constructivo con el MNP en relación con la implementación de las recomendaciones?	34	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
35. ¿El diálogo implica intercambios tanto escritos como orales?	34	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
36. ¿Se requiere que los destinatarios de las recomendaciones, a solicitud del MNP, desarrollen una política o plan de acción concreto que ponga en marcha las reformas necesarias?	34	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
37. ¿Existen casos en los que el MNP recomienda que las autoridades pongan fin de inmediato a determinadas prácticas e inicien una investigación penal?	34	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
38. ¿Se publican los informes de visitas, incluidas las recomendaciones?	35	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
39. ¿Se publican informes anuales?	35, 47	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

Temas relacionados con el marco legislativo					
40. ¿El lugar de detención está definido por la legislación nacional?	38	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
41. ¿Esta definición tiene en cuenta los principios del OPCAT y la protección de los derechos humanos?	38	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
42. ¿El MNP tiene el mandato de evaluar los proyectos de ley y la legislación existente en relación con las obligaciones internacionales del Estado Parte y con otras normas internacionales?	40	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
43. ¿La legislación del MNP establece claramente la obligación de las autoridades competentes de examinar las recomendaciones del MNP y de entablar un diálogo con él sobre su implementación?	41	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

Anexo II: Matriz para Evaluación de MNP.

Principios básicos				
Factores a evaluar	NO	Parcial	SÍ	Comentarios
¿El mandato y facultades del MNP se ajustan al OPCAT?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El mandato y facultades están claramente enunciados en texto constitucional o legislativo?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿La independencia funcional está garantizada?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se especifica en la ley la duración del mandato de los miembros y los motivos de su destitución?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El mandato del MNP abarca todos los lugares de privación de libertad, incluidos aquellos bajo administración privada? (art. 4 OPCAT)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Está el MNP dotado de recursos suficientes? ¿Tiene una oficina, vehículo(s), equipamiento que le permitan realizar su trabajo?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Tiene el MNP autonomía financiera?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Existe un mecanismo de seguimiento a las recomendaciones del MNP? ¿Tienen las autoridades la obligación de examinar las recomendaciones del mecanismo y entablar un diálogo sobre posibles medidas de aplicación? (OPCAT, art 22)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Existe protección para las personas que brinden información al MNP?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Si el MNP desempeña otras funciones además de las propias de un MNP, ¿lo hace en un departamento distinto con su propio personal y presupuesto?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Creación del MNP / Designación de los miembros del MNP				
Factores a evaluar	NO	Parcial	SÍ	Comentarios
¿Fue el MNP creado en el plazo de un año desde la entrada en vigor de OPCAT para el país?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se notificó inmediatamente al SPT de la designación del MNP?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El MNP se creó por un procedimiento público, transparente e inclusivo, con participación de la sociedad civil?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

¿Se utilizó un procedimiento público, transparente e inclusivo, con participación de la sociedad civil, para la elección de los miembros del MNP?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Poseen los miembros del MNP los conocimientos y experiencia para realizar su trabajo? (OPCAT, art 18.2) ¿Es el equipo de visita multidisciplinar, integrando en particular profesionales de la medicina y de los derechos humanos?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El mecanismo tiene un balance de género? ¿Tiene una representación adecuada de grupos étnicos, minoritarios y lingüísticos? ¿Esta composición también se respeta a la hora de conformar la delegación para realizar una visita?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Existen formas de evitar conflictos de intereses en los miembros del MNP? ¿Las disposiciones existentes son adecuadas?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se hizo público el nombramiento del MNP mediante su promulgación a nivel nacional?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Funcionamiento del MNP				
Factores a evaluar	NO	Parcial	SÍ	Comentarios
<i>A cargo del Estado</i>				
¿Se permiten visitas del MNP a todo lugar de privación de libertad bajo la jurisdicción del Estado, incluidos aquellos bajo administración privada? (OPCAT 19.a)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Está prevista la facultad de entrevistarse en privado con personas privadas de libertad? (OPCAT 20.d)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Está prevista la facultad de realizar visitas sin previo aviso y en cualquier momento?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Tiene el mecanismo acceso a toda la información relativa a la cantidad de personas privadas de libertad así como a la cantidad y ubicación de los lugares de detención? ¿Tiene acceso a información relativa al trato de estas personas, a las condiciones de su detención, etc.? (artículo 20.a y 20.b)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se garantiza el goce de inmunidades y privilegios para los miembros del MNP en el desarrollo de sus funciones?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Puede el MNP dar sus opiniones sobre proyectos de ley? Hay un mecanismo para que estas opiniones sean tenidas en cuenta? ¿Cómo se mantiene el MNP informado de los nuevos proyectos de ley y legislación existente sobre los que desee opinar?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

¿Se publican y difunden ampliamente por el Estado los informes anuales del MNP? ¿Se presentan a la asamblea legislativa para su examen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
A cargo del MNP				
¿Revisa el MNP periódicamente sus métodos de trabajo? ¿Perfecciona su formación?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Estableció el MNP un programa de trabajo que cubra todos los lugares de privación de libertad? ¿Se cubre el universo de lugares de detención posible?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se realizan visitas de seguimiento? ¿Cómo se toma la decisión de realizar una visita de seguimiento y que tan a menudo se llevan a cabo?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP presentado propuestas y/o observaciones sobre la política o legislación en vigor o en proyecto relevantes para su mandato?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP presentado informes tras sus visitas con sus correspondientes recomendaciones?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se publican dichos informes? ¿Existe una política al respecto?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se realizan informes temáticos?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se toman recaudos para garantizar la total confidencialidad de la información que el MNP obtenga durante el desempeño de su labor? (OPCAT art 21.2)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP realizado seguimiento a las recomendaciones del SPT tras su visita al país?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP establecido contactos con otros MNP a fin de intercambiar experiencias?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP establecido /mantenido contacto directo con el SPT?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se han realizado alianzas con otros organismos para diseminar información sobre las obligaciones del Estado en la prevención de la tortura? ¿Son significativas estas alianzas o sólo simbólicas?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se han redactado reglamentos internos para el funcionamiento del MNP?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Se han desarrollado directrices para las visitas? ¿Se publicaron estos directrices o son solo internas?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Incluye el MNP un enfoque de diversidad en su trabajo (género, etnia, nacionalidad, etc.)?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

¿Hay un código de conducta/ de ética para los miembros del MNP? ¿Qué pasa si se viola este código?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El MNP puede contratar su propio personal?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Hay directrices para informar, si fuera necesario, sobre casos individuales de gravedad?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Existen directrices para proteger a las personas de represalias? (OPCAT art 21.1) ¿Qué tipo de seguimiento se lleva a cabo para garantizar que no existieron represalias?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Hay un procedimiento establecido para recibir información de las ONG?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿El MNP envía sus informes anuales al SPT?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Ha el MNP desarrollado protocolos para resolver dificultades operativas, incluidos los problemas de acceso?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
¿Existe una estrategia de información pública sobre el MNP?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	