



# RESPONDIENDO A LA TORTURA

Perspectivas Latinoamericanas sobre  
un Desafío Global

Una publicación del International Bar  
Association's Human Rights Institute

Fabio de Sa e Silva  
Par Engstrom  
Verónica Hinestroza Arenas  
Editores

Universidad  
**Externado**  
de Colombia



# RESPONDIENDO A LA TORTURA

Perspectivas Latinoamericanas sobre  
un Desafío Global

Una publicación del International Bar  
Association's Human Rights Institute

**Fabio de Sa e Silva**  
**Par Engstrom**  
**Verónica Hinestroza Arenas**  
Editores

Universidad  
**Externado**  
de Colombia



Respondiendo a la tortura : perspectivas latinoamericanas un desafío global / Andra Nicolescu [y otros] ; Fabio de Sa e Silva, Par Engstrom, Verónica Hinestroza Arenas (editores). – Bogotá : International Bar Association's Human Rightst Institute ; Universidad Externado de Colombia. 2020.

283 páginas ; 24 cm.

Nota bibliográfica

ISBN: 978-958-790-326-3

1. Tortura -- Aspectos jurídicos -- América Latina 2. Tortura -- Aspectos psicológicos -- América Latina 3. Tortura -- Prevención -- América Latina 4. Violación de los derechos humanos -- América Latina 5. Derechos del niño -- América Latina 6. Derecho internacional humanitario -- América Latina I. Silva, Fabio de Sá e, editor II. Engstrom, Par, editor III. Hinestroza Arenas, Verónica, editora IV. Universidad Externado de Colombia V. Título.

323

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Febrero de 2020



Universidad  
**Externado**  
de Colombia

© International Bar Association

#### **Autores**

Andra Nicolescu  
Diego Otero-Oyague  
Edgar Hassan  
Fabio de Sa e Silva  
Gaia Pergolo  
Juan E. Méndez  
Juan Morey  
Miguel Sarre  
Miryam Rivera-Holguín  
Paulina Zamorano Valenzuela  
Rafael Barreto Souza  
Tesania Velázquez

#### **Dirección editorial**

Fabio de Sa e Silva  
Par Engstrom  
Verónica Hinestroza Arenas

#### **Coordinación editorial**

Andrés Barragán Montaña

#### **Diseño**

Puntoaparte Bookvertising  
www.puntoaparte.com.co

#### **Editor**

Juan Mikán

#### **Diseñadores**

María Rojas Muñoz  
Felipe Caro  
Sara Vergara

# EDITORES

**Fabio de Sa e Silva** fue consultor del proyecto prevención de la tortura en América Latina del Instituto de Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados (IBAHRI). Actualmente es profesor asistente de estudios internacionales y profesor Wick Cary de estudios brasileños en la University of Oklahoma. Estudia la organización social y el impacto político del derecho y la justicia en Brasil y comparativamente. Fabio tiene una licenciatura en estudios jurídicos de la Universidad de Sao Paulo, donde recibió una prestigiosa beca CAPES para estudios de derecho y sociedad. También obtuvo una Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia y un Doctorado en Derecho, Política y Sociedad en la Northeastern University como becario CAPES-Fullbright. Además de sus estudios y puestos académicos, que incluyen un posdoctorado en el Harvard Law School's Center on the Legal Profession, en 2015, tiene más de 15 años de experiencia en la formulación y análisis de políticas en materias de derecho y justicia en Brasil, donde trabajó en el Ministerio de Justicia y el Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA) y consultó para organizaciones internacionales como el UNDP y la Unesco.

**Par Engstrom** es profesor asociado de derechos humanos en el Institute of the Americas, University College London. También es profesor visitante en la Escuela de Asuntos Internacionales de París, Sciences-Po. Sus publicaciones recientes incluyen un volumen editado, *The Inter-American Human Rights System:*

*Impact Beyond Compliance* y un número especial del *International Journal of Human Rights* sobre el cambio institucional en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (coeditado con Courtney Hillebrecht). Es el coordinador académico de la Red Interamericana de Derechos Humanos, financiada inicialmente por Leverhulme Trust (2014-2016).

**Verónica Hinestroza Arenas** tiene 17+ años de experiencia profesional en el campo de derechos humanos y se desempeña como Abogada Senior de Programa del International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI). Tiene a su cargo el portafolio de América Latina, y lidera las líneas temáticas de investigación y documentación de la tortura y de la desaparición forzada.

Es miembro del Comité Directivo de la iniciativa internacional para crear un Protocolo Universal de Entrevistas de Investigación no Coercitivas (APT-ATINCHR), y participó en el proceso de actualización del Protocolo de Estambul: Manual de las Naciones Unidas para la Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura (PHR-IRCT-Redress-OHCHR-HRFT), como integrante el Grupo de Trabajo y edición del capítulo sobre códigos éticos. Verónica es la editora de la publicación del IBAHRI, *¿Dónde Están? Estándares internacionales para la búsqueda de personas desaparecidas forzosamente* (2019), y co-editora de la publicación del IBAHRI y Flacso Mexico, *Manual de Análisis de contexto para casos de Violaciones a los Humanos* (2017).

# CONTENIDO

10

## PREFACIO

**Verónica** Hinestroza Arenas  
**Heidi** Abuchaibe Abuchaibe

14

## INTRODUCCIÓN

**Fabio** de Sa e Silva  
**Verónica** Hinestroza  
**Par** Engstrom

**Gaia** Pergolo

01



28

**LA TORTURA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: IMPLEMENTACIÓN INADECUADA DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN MÉXICO Y PERÚ**

**Fabio** de Sa e Silva

02



60

**RESPONSABILIZACIÓN LEGALIZADA Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA EN LA CONCIENCIA JURÍDICA DE ACTIVISTAS BRASILEÑOS**

**Andra** Nicolescu

03



92

**LA PROLIFERACIÓN DE LA TORTURA Y OTROS MALTRATOS EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN DIFERENTES CONTEXTOS: NECESIDAD DE ALTERNATIVAS**

**Paulina** Zamorano Valenzuela

04



120

**LA INDEPENDENCIA DE LOS MECANISMOS NACIONALES PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA A LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EXPERIENCIA COMPARADA**

**Edgar** Hassan

05



144

**DIEZ ESTÁNDARES INTERNACIONALES O INDICADORES PARA LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE TORTURA EN EL ÁMBITO PSICOLÓGICO Y LA MEDICIÓN DE SU EFECTIVIDAD**

**Juan E.** Méndez

06



172

**HACIA UN PROTOCOLO UNIVERSAL PARA ENTREVISTAS NO COERCITIVAS: SU IMPACTO POTENCIAL DESDE Y EN AMÉRICA LATINA**

**Juan** Morey  
**Miguel** Sarre

07



194

**SOBRE LA NECESIDAD DE SUPERAR CONCEPTOS OBSOLETOS Y BARRERAS NORMATIVAS PARA EVITAR ABUSOS EN LAS PRISIONES DE LATINOAMÉRICA**

**Rafael** Barreto Souza

08



224

**PREVENCIÓN DE LA TORTURA EN LA AMÉRICA LATINA BAJO LA LEGISLACIÓN SOBRE MNP**

**Miryam** Rivera-Holguín  
**Tesania** Velázquez  
**Diego** Otero-Oyague

09



256

**APORTES DESDE EL MODELO COMUNITARIO AL ABORDAJE DE LA TORTURA Y LA VIOLENCIA POLÍTICA EN LATINOAMÉRICA**

# PREFACIO

**Verónica** Hinestroza Arenas<sup>1</sup>

**Heidi** Abuchaibe Abuchaibe<sup>2</sup>

La tortura como violación a los derechos humanos implica el uso de violencia física y/o mental, dirigida intencionalmente a causar dolores o sufrimientos con un fin específico, por o con la aquiescencia de agentes estatales. La historia de América Latina no ha sido ajena al uso de la tortura como instrumento de dominación.

Pese al rechazo a la tortura en el marco del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y más recientemente del derecho positivo doméstico, la tortura no ha logrado erradicarse ni en la región latinoamericana, ni en el resto del mundo.

Históricamente, en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la prohibición general de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5) en 1948, siguió su incorporación en un documento vinculante: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 7). El alcance de la prohibición se desarrolló mediante los Comentarios Generales No. 7 y No. 20 del Comité de Derechos Civiles y Políticos, órgano de tratado del Pacto. Sin embargo, la adopción de una definición legal de la tortura, se dio solo en 1985 con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a la que le siguió la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 1987.

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, la prohibición de la tortura tiene un amplio desarrollo consuetudinario. Tanto los convenios de La Haya de 1899 y 1907, como el artículo 3 común a los cuatro Convenios de

Ginebra de 1949 incluyen la prohibición de la tortura en contextos de conflicto armado. La labor de los Tribunales Internacionales visibilizó la tortura, tanto como crimen de guerra, como de lesa humanidad. Así lo recogió el Estatuto de la Corte Penal Internacional (2002), en sus artículos 7 y 8.

La tortura vulnera el derecho a la integridad física y mental del ser humano, y deja secuelas generalmente irreparables e irreversibles. En el marco de la acción estatal, esta práctica rompe la confianza en la institucionalidad como garante de las libertades y derechos de la población y del uso legítimo de la fuerza. La impunidad por el crimen de tortura genera impotencia y terror en la sociedad, atenta contra la prevalencia del Estado de derecho contra las garantías y libertades ciudadanas.

Aportar a la efectiva prevención, investigación y judicialización de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en América Latina es un objetivo prioritario del Instituto de Derechos Humanos de la Barra Internacional de Abogados (International Bar Association's Human Rights Institute — IBAHRI—). Este organismo busca, mediante investigación, capacitaciones y asistencia técnica especializada, acercar los estándares y los debates internacionales relevantes, a las normativas y contextos particulares de los países en los que trabaja. Así mismo, el Instituto busca promover la comprensión de los desafíos y oportunidades propios de la región en foros internacionales de análisis y generación de estándares en materia de tortura.

En el marco de su labor con operadores de derecho, el Instituto ha comprendido que, para alcanzar resultados sostenibles, es necesario trabajar desde un enfoque integral que reconozca que la prevención, investigación y judicialización de la tortura desborda la dimensión legal. En consecuencia, el IBAHRI ha adoptado una mirada pluridisciplinar en su labor, la cual requiere propiciar diálogo e interacción constante con actores relevantes de entre otras, las áreas médicas, psicológicas, de políticas públicas y de relaciones internacionales.

Conscientes de la importancia de facilitar el acceso a estos diálogos a un público más amplio del que conseguimos reunir en el marco de nuestras actividades y reconociendo que la producción y diseminación de recursos legales, académicos y científicos en la materia se ha dado principalmente en el idioma inglés, el IBAHRI y la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia se aliaron para elaborar esta publicación

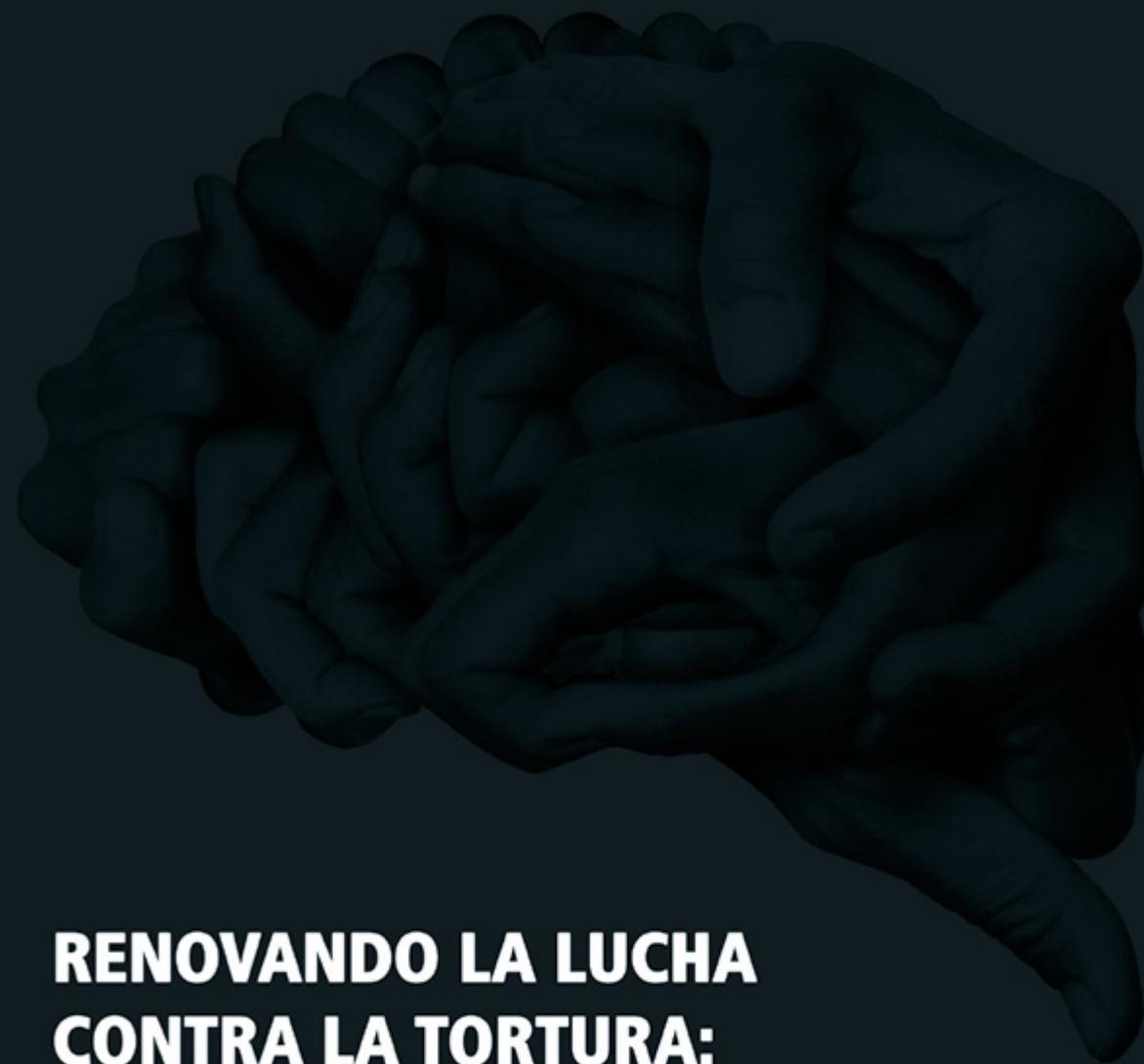


en el idioma español. El libro reúne artículos de un grupo extraordinario de profesionales con los que el IBAHRI ha tenido la oportunidad de trabajar a lo largo de los últimos años y quienes, desde su compromiso con la prevención y condena de la tortura, así como desde su solidaridad con las víctimas, decidieron sumar sus aprendizajes e inquietudes a la identificación de desafíos contemporáneos que se originan —o repercuten— en la efectiva prevención, investigación y judicialización de la tortura en América Latina.

Confiamos en que este recurso sea de utilidad para propiciar debates pendientes, generar ideas innovadoras, y complementar su labor.

## NOTAS AL PIE

1. Abogada Senior de Programa del International Bar Association's Human Rights Institute, Londres, Inglaterra. Encargada del trabajo del IBAHRI en América Latina. [Verónica.hinestroza@int-bar.org](mailto:Verónica.hinestroza@int-bar.org)
2. Abogada, docente investigadora en el área del Derecho Internacional, vinculada al Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales de la Facultad de finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. [Heidi.abuchaibe@uexternado.edu.co](mailto:Heidi.abuchaibe@uexternado.edu.co)



## **RENOVANDO LA LUCHA CONTRA LA TORTURA: DESAFÍOS Y LECCIONES APRENDIDAS DE AMÉRICA LATINA**

**Fabio** de Sa e Silva<sup>1</sup>

**Verónica** Hinestroza Arenas<sup>2</sup>

**Par** Engstrom<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Profesor asistente de Estudios Internacionales y profesor Wick Cary de Estudios Brasileños en la University of Oklahoma, EE.UU. Se desempeñó como consultor del IBAHRI para Brasil. E-mail: fabio.desaesilva@ou.edu.

<sup>2</sup>Abogada Senior de Programa del International Bar Association's Human Rights Institute, Londres, Inglaterra. Encargada del trabajo del IBAHRI en América Latina. E-mail: Verónica.hinestroza@int-bar.org

<sup>3</sup>Profesor asociado, Institute of the Americas, University College London, Reino Unido. E-mail: p.engstrom@ucl.ac.uk.

Con el fin de presentar a los lectores un abordaje holístico de la problemática de la tortura en América Latina, el presente libro está dividido en dos partes. Los capítulos de la primera parte, del 1 al 5, examinan las brechas significativas que aún existen entre los compromisos formales de los Estados latinoamericanos con la erradicación de la tortura y la práctica de la tortura en la región. Los capítulos de la segunda parte del libro, del 6 al 9, destacan el potencial para la innovación política e institucional en la lucha contra la tortura en América Latina.

En el *capítulo 1* la abogada Gaia Pergolo examina la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en Perú y México. La autora concluye que estos países no han logrado alinear a cabalidad las disposiciones del derecho internacional y las leyes y prácticas nacionales. La inconsistencia, en su opinión, es una constante en la región, y deriva en efectos negativos para la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de la tortura.

El *capítulo 2* fue escrito por Fabio de Sa e Silva, editor de este libro, y se centra en el escenario brasileño. El autor argumenta que, si bien Brasil se ha comprometido a nivel nacional e internacional a criminalizar, investigar y castigar a los responsables del crimen de tortura, activistas locales muestran un gran escepticismo sobre la efectividad de este enfoque para la obtención de justicia y reparación por víctimas de tortura. El autor examina los factores estructurales

que explican esta desconfianza y corroboran la fragilidad del Estado de derecho en Brasil y América Latina.

El *capítulo 3* es una contribución de la abogada Andra Nicolescu en la que se demuestra que, en América Latina, las respuestas a la “delincuencia juvenil” y al mal llamado “comportamiento antisocial” continúan priorizando la privación de la libertad, a pesar de la evidencia en contra de esta medida. Privar a los niños, niñas y adolescentes de la libertad es costoso, ineficaz y, como regla, desencadena violaciones graves de los derechos humanos, incluida la tortura. La autora argumenta que, a la luz de los estándares internacionales, los países de la región precisan continuar buscando soluciones alternativas al problema de los delitos juveniles, a pesar de la presión social en contrario.

El *capítulo 4* fue escrito por la abogada Paulina Zamorano Valenzuela, quien analiza el alcance y viabilidad del principio de “independencia” que rige a los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura (MNP) establecidos en el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Su conclusión es que la independencia de varios MNP en América Latina se ve a menudo comprometida por marcos legales restrictivos y restricciones presupuestarias, y en consecuencia estos mecanismos no logran reflejar en su labor el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el marco del Protocolo en materia de prevención.

En el *capítulo 5* el psicólogo Edgar Hassan propone diez estándares para guiar el trabajo de los servicios forenses en la documentación y evaluación independiente de posibles casos de tortura. La propuesta se basa en la identificación de los requisitos institucionales necesarios para la investigación de estos casos, de acuerdo con los parámetros legales y técnicos compartidos por la comunidad internacional.

En conjunto, los capítulos de la primera parte del libro evidencian que, si bien los países de la región han avanzado significativamente en la firma y ratificación de instrumentos internacionales contra la tortura, esta última persiste como práctica. En la cotidianidad, dicha brecha provoca una inevitable y cada vez más profunda crisis de confianza social en las instituciones, especialmente por parte de los ciudadanos más vulnerables, quienes son a su vez las víctimas más comunes de la tortura.

La segunda parte del libro comienza con el *capítulo 6*, elaborado por el abogado, profesor y ex relator especial de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura y otros Tratamientos Cruels, Inhumanos o Degradantes, Juan Méndez. Allí se destaca que la imposición de la tortura, además de ser inmoral e ilegal, no genera información confiable en las investigaciones criminales, un argumento que se sustenta en estudios científicos. El profesor Méndez sostiene además que existen metodologías de entrevista y buenas prácticas documentadas que permiten acceso a resultados legales y más confiables. A la luz de estos argumentos, el autor destaca el origen y la evolución de una iniciativa internacional dirigida a desarrollar un protocolo universal para la realización de entrevistas no coercitivas. El autor considera que este instrumento contribuiría en gran medida a la prevención de la tortura en América Latina, dados los antecedentes de autoritarismo y discriminación sobre los que operan los sistemas de justicia penal en la región.

El *capítulo 7* fue escrito por los abogados Miguel Sarre y Juan Morey. Los autores sostienen que las políticas penitenciarias basadas en el ideal de “tratamiento” y “rehabilitación” de personas condenadas a la privación de libertad tienen el potencial de crear un contexto propicio para la práctica de la tortura. Con base en los cambios recientes en la ley mexicana, los autores proponen un modelo que considera a los reclusos como “sujetos de derecho y obligaciones” y la ejecución penal como un proceso judicial.

En el *capítulo 8* el abogado y exmiembro del MNP brasileño, Rafael Barreto Souza, analiza la dimensión preventiva de las competencias legalmente asignadas a los MNP latinoamericanos. El artículo demuestra la forma innovadora en que varios países de la región han delineado las competencias de su MNP a la luz de tanto las disposiciones del Protocolo Facultativo como de la literatura sobre prevención de la tortura.

Finalmente, en el *capítulo 9*, los psicólogos Miryam Rivera-Holguín, Tesania Velázquez y Diego Otero-Oyague examinan las políticas para el tratamiento psicológico de las víctimas de tortura y violencia política en América Latina. Después de revisar los tres modelos predominantes en la región, los autores abogan por una solución “comunitaria” cuyo propósito es generar procesos colectivos y de transformación social para abordar las consecuencias de la

tortura. Como sustento, los autores examinan casos de tortura fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Guatemala, México y Perú, cuyas sentencias señalan la incorporación de las premisas del modelo “comunitario”.

En su conjunto, los capítulos de la segunda parte evidencian las prácticas de innovación desarrolladas en la región como respuesta a la tortura, y su potencial para informar una agenda institucional amplia, multidisciplinaria y transformadora de los marcos institucionales para la prevención, judicialización y reparación de este crimen y violación a los derechos humanos. Asimismo, los capítulos indican que el cambio en el panorama general de la práctica de la tortura en la región no es ni será automático y requerirá del involucramiento y accionar de varios frentes, grupos de interés y áreas de conocimiento.

#### • Actores políticos

La rama ejecutiva y las legislaturas nacionales, responsables de la adopción e implementación de las normas y políticas contra la tortura, siguen siendo importantes espacios de incidencia. Las decisiones que toman pueden tener consecuencias (aunque a veces involuntarias), en la efectividad de las normas y políticas, creando vacíos regulatorios o disfunciones organizacionales que permiten la continuación o incluso la expansión de la práctica de la tortura. De otra parte, el ejecutivo y las legislaturas pueden servir como agentes de innovación, estableciendo nuevos estándares para la acción de los tribunales<sup>4</sup> o de los MNP<sup>5</sup>, o promoviendo enfoques creativos para políticas o programas<sup>6</sup>.

#### • Profesiones, instituciones y cultura jurídicas

Profesiones e instituciones jurídicas también son importantes, especialmente en el caso de las normas relativas a la investigación y la punición de los perpetradores de la tortura. Este libro no elabora en las transformaciones y desafíos experimentados por varios países latinoamericanos en intentos por reconstruir sus complejos legales<sup>7</sup> (asociaciones de abogados, fiscalías y judicaturas) tras décadas de regímenes autoritarios en las que muchos de estos complejos favorecieron

la represión de la disidencia<sup>8</sup>. Sin embargo, capítulos como el 2 y 3 dejan en claro que este es un proceso inconcluso y que en muchos Estados de la región la profesión jurídica no está debidamente equipada ni absolutamente comprometida con la lucha contra la tortura. Uno de los déficits más pronunciados reside en la cultura jurídica, que muchas veces no ha podido absorber enteramente nuevos conceptos o instrumentos derivados de la integración de estas naciones en un orden normativo internacional de derechos humanos<sup>9</sup>. Ahora bien, el problema va más allá del desconocimiento de las normas, pudiendo incluso implicar una reconsideración estructural de una o más dimensiones de los complejos legales, con nuevos criterios de reclutamiento, capacitación y promoción<sup>10</sup>.

#### • Actores institucionales

Un escenario similar rodea las profesiones médicas y los servicios forenses. Dichos profesionales resultan indispensables para la documentación adecuada de los casos de tortura ya que pueden proporcionar bases probatorias sólidas para responsabilizar a los perpetradores, así como insumos para acciones preventivas. Sin embargo, en el contexto latinoamericano, como lo evidencia este libro, estos actores carecen de los conocimientos y las herramientas adecuadas, incluyendo relaciones de poder institucionales, para realizar su trabajo con las debidas libertad y calidad técnica<sup>11</sup>.

#### • Sociedad civil

El libro demuestra la importancia de buenos fundamentos *profesionales* para la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos, incluso cuando han sido “bien” adoptados desde el punto de vista formal, pero aborda también a la sociedad civil y su rol en la prevención y judicialización de la tortura. La sociedad civil desempeña naturalmente un papel de rendición de cuentas (vertical o diagonal), presionando a los Gobiernos para que adopten normas contra la tortura y las doten de efectividad. Históricamente, la sociedad civil ha sido uno de los principales epicentros de innovación en derechos humanos, tanto en contextos nacionales como a nivel regional<sup>12</sup>. Sin embargo, la sociedad

civil no siempre aparece como este espacio de virtud y energía cívica que se opone a Estados no comprometidos con los derechos humanos; por el contrario, puede mostrarse reticente con respecto a la implementación de ciertas normas de derechos humanos —especialmente en contextos de desigualdad y fragilidad institucional<sup>13</sup>—, e incluso contagiarse por sentimientos contrarios a dichas normas<sup>14</sup>, como se evidencia no sólo en América Latina, sino incluso en países desarrollados hoy envueltos por la polarización política y el populismo de derecha.

### Desafíos políticos y caminos para avanzar

La lucha contra la tortura en los países de América Latina refleja los desafíos inherentes a cualquier agenda pública que busque su erradicación. Dichos retos requieren respuestas multidimensionales, pero además voluntad y viabilidad sociopolítica. En este sentido, el contexto regional actual no parece propicio para la lucha efectiva contra la tortura. Primero, en el ámbito político, América Latina, como otras partes del mundo, se enfrenta al escalamiento del autoritarismo. Esta tendencia se refleja no solo en el giro electoral hacia la “derecha” de los últimos años, sino además en los preocupantes niveles de respaldo social a liderazgos autoritarios y en la disminución del apoyo a la figura de la democracia. Esta mirada a la dinámica actual desde las tendencias generales, por supuesto, oculta importantes diferencias entre países de la región. Más allá de esta, globalmente parece haber un retroceso en la lucha contra la tortura y los malos tratos. De hecho, los Gobiernos democráticos han estado a la vanguardia, en los últimos años, de la legitimación de las prácticas de tortura<sup>15</sup>.

Un segundo desafío es la convergencia de crecientes desigualdades socioeconómicas, bajo crecimiento económico y niveles dramáticos de violencia. Las percepciones sociales de la inseguridad son altas y, a menudo, existe una clara falta de confianza en las autoridades para poder brindar respuestas eficientes a las preocupaciones de los ciudadanos. La guerra en curso contra las drogas aún continúa con sus previsible consecuencias negativas para los derechos humanos, incluido el uso extensivo de la tortura contra individuos, generalmente marginados, involucrados en el microtráfico, frecuentemente con un importante apoyo público. En tercer lugar, la capacidad del Estado para llevar a cabo

reformas de gran alcance es limitada, en particular dada la escala de los desafíos de política involucrados. Los sistemas de justicia penal de la región son altamente problemáticos. El sistema penitenciario se encuentra en una profunda crisis y sirve principalmente para perpetuar la violencia y el crimen. La aplicación de la ley adolece de falta de credibilidad y legitimidad.

Sin embargo, la escala y la omnipresencia de las prácticas de tortura en América Latina no permiten excusa para la pasividad. ¿Qué hacer frente a estos escenarios? ¿Qué vías de cambio se pueden extraer de las contribuciones a este libro? En primer lugar, es importante asumir la lucha política; como lo destaca Philip Alston, los derechos humanos no son un proyecto de consenso<sup>16</sup>, y no hay soluciones sencillas. El cambio positivo será, en el mejor de los casos, incremental. Por lo tanto, la promoción continua, la identificación y el cultivo de aliados institucionales, el involucramiento con el público, el cambio de actitudes y la lucha contra los estereotipos deben formar parte de una campaña política en curso contra la tortura y los malos tratos.

En segundo lugar, es importante reconocer que décadas de esfuerzos en la lucha contra la tortura han generado aprendizajes importantes sobre factores que la facilitan y sobre cuándo y por qué ocurre. La tortura es una forma específica de abuso de poder que se dirige a quienes se encuentran en posiciones de vulnerabilidad. Esta relación de poder desigual es particularmente aguda en los lugares de privación de libertad. Nigel Rodley describió la tortura como un delito de oportunidad<sup>17</sup>. Por lo tanto, para evitar la tortura en la práctica, es necesario acotar las oportunidades para que agentes estatales la utilicen, por ejemplo mediante la implementación de salvaguardas legales y de procedimiento. Como señala Rodley, “Cuanto más tiempo [a los [detenidos] [se les niega] el acceso al y desde el mundo exterior (es decir, a su familia, abogados, médicos, tribunales), más [son] vulnerables al abuso por parte de quienes desean obtener información o confesiones de ellos”<sup>18</sup>. Además, cuando la tortura se investiga, persigue y castiga de forma consistente, el riesgo de tortura disminuye. El monitoreo de los lugares de detención a través de visitas regulares también ha demostrado ser importante, y los mecanismos de quejas independientes tienen un impacto significativo cuando están relacionados con el enjuiciamiento de las denuncias de tortura<sup>19</sup>.

Como tercer punto clave, es necesario ir más allá del actual enfoque dominante en la ley formal y los procedimientos legales y prestar más atención a las prácticas informales, así como a las condiciones estructurales que permiten la tortura y los malos tratos. Si bien es importante abogar por la adopción de sólidas protecciones legales, estas garantías claramente no son suficientes para reducir la incidencia de la tortura. Una preocupación por la práctica y la informalidad no significa que las instituciones sean irrelevantes. Por el contrario, el avance de la implementación efectiva de la prohibición de la tortura en las democracias formales de América Latina destaca la importancia de tomar en serio la capacidad<sup>20</sup> y voluntad del Estado<sup>21</sup>.

El fortalecimiento de las instituciones formales y de la implementación de políticas importa. Esto incluye comprometerse con áreas de reforma políticamente difíciles, como la justicia penal y los sistemas penitenciarios, como se destaca en varios capítulos de este volumen. Los recientes desarrollos en la implementación del Protocolo Facultativo y la creación de MNP en varios países de América Latina indican que las nuevas instituciones pueden hacer una diferencia. Sin embargo, aún existe la necesidad de calibrar las expectativas a la luz de las realidades estructurales y políticas de las sociedades latinoamericanas. También, y a pesar de que no hace parte de este libro, se debe prestar más atención a la relación entre la tortura y la corrupción, no solo porque la falta de recursos y capacidad explica la persistencia de la tortura en algunos entornos, pero también por la conexión que puede existir entre el ejercicio corrupto del poder y los abusos violentos, incluida la tortura<sup>22</sup>. Esto nuevamente pone de relieve la importancia del fortalecimiento de la capacidad y la capacitación de todos los actores relevantes, incluidos los funcionarios de primera línea con roles cruciales que desempeñar en la prevención de la tortura, como los oficiales de policía, el personal de prisiones y el poder judicial.

¿Cómo, entonces, convertir estos conocimientos en medidas procesables? Si bien no hay plantillas prefabricadas, las contribuciones a este libro al menos apuntan a varios elementos clave de este esfuerzo. Primero, los defensores de los derechos humanos deben comprometerse con el público en general. Hacer esto requiere una visión política más amplia que vaya más allá de justificaciones abstractas (“la tortura está mal”) y se involucra con políticas basadas en intereses.

Tener en cuenta la prohibición de la tortura nos invita a reflexionar sobre los fundamentos morales de los derechos humanos. Para algunos, la tortura está moralmente mal sin importar las consecuencias; para otros, la legitimidad —o no— de la prohibición de la tortura depende de qué tipo de consecuencias pueda tener sobre las víctimas, los perpetradores y la sociedad en general. El compromiso político con el público sobre la prohibición de la tortura no debe comprometer los principios fundamentales, pero la idea de que la tortura es perjudicial para la sociedad y no brinda soluciones a las preocupaciones legítimas relacionadas, por ejemplo, con el crimen o el terrorismo debe ser persuasiva.

Desde este punto, una perspectiva política sobre la lucha contra la tortura también requiere tomar más en serio las preocupaciones del público. En particular, existe una necesidad apremiante de tomar en serio los contextos socioeconómicos y los temores a la inseguridad. La desigualdad importa para la política de los derechos humanos. Los defensores de estos deben reconocer las frustraciones e incluso la furia de partes de la población en general por el deterioro de los niveles de vida, el aumento de las desigualdades y la indiferencia manifiesta de las élites hacia las vidas precarias que la gran mayoría de personas experimentan en muchas sociedades. Varias formas de desigualdad son evidentes en los abusos de tortura, ya que en muchas sociedades hay grupos particularmente vulnerables ser sometidos a tortura y malos tratos.

La lucha contra la tortura también tendrá que comprometerse más seriamente con los asuntos distributivos y económicos. Después de todo, los derechos humanos, incluidas las protecciones contra la tortura, cuestan dinero. Los sistemas de justicia penal eficaces, humanos y respetuosos de los derechos son costosos y requieren una priorización política. Esto significa que los defensores de la lucha contra la tortura deben tomar en serio las dimensiones socioeconómicas de la tortura y la violencia estatal y comprometerse con los asuntos y políticas fiscales en general.

Finalmente, la oposición contemporánea contra la tortura debe aprovechar la de fortalecer la agencia política de los directamente afectados y en mayor riesgo de convertirse en víctimas de tortura.

**Cuadro 1:** La agenda política del enfrentamiento a la tortura

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Llegar al público:</b> La lucha contra la tortura debe involucrar persuasión, no solo condena.</li> <li>• <b>No reinventar la rueda:</b> Ya sabemos bastante sobre lo que previene la tortura.</li> <li>• <b>Buscar mejoras tanto en el derecho formal como en las prácticas informales:</b> Invertir en capacitación práctica, desarrollo de capacidades y compromiso con el personal de primera línea.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Comprometerse con la cuestión de la asignación de recursos:</b> Abogar por un sistema de justicia penal con fondos suficientes como una preocupación pública que afecte a todos los ciudadanos, como la salud y la educación.</li> <li>• <b>Fortalecer la relación entre el apoyo internacional (p. ej., el IBAHRI) y organizaciones locales:</b> Importancia de la relación de apoyo y complementariedad y establecimiento de una agenda de abajo hacia arriba.</li> <li>• <b>Desarrollar respuestas a nuevas áreas de preocupación:</b> Considerar el nexo entre corrupción, crimen organizado y tortura.</li> </ul>
---	--

Claramente, esta agenda política (Cuadro 1) llevará tiempo y esfuerzo, pero no hay tiempo que perder. En resumen, nos enfrentamos a una crisis política de dimensiones globales que tiene implicaciones directas para los derechos humanos. Las desigualdades están aumentando, alimentando lo que algunos llaman nuestra era de ira<sup>24</sup>, que a su vez impulsa la violencia política. El apoyo a la democracia representativa como sistema político está en declive. Los espacios de la sociedad civil están cada vez más restringidos en muchos países. Nos enfrentamos a un resurgimiento del nacionalismo y de la intolerancia en muchas regiones del mundo, incluso en América Latina. La tendencia hacia el

socavamiento del Estado de derecho internacional continúa ganando fuerza. Se trata de crisis entrelazadas y consecuencias dramáticas para la defensa de los derechos humanos. Las instituciones de derechos humanos y los defensores necesitan responder a estos desafíos, y tal respuesta demanda una agenda explícitamente política de reafirmación y promoción creativa de los derechos humanos. Este volumen ofrece precisamente esto y la invitación es a leerlo y analizar su contenido integralmente, con miras a la acción.

## NOTAS AL PIE

4. Ver capítulo 7.
5. Ver capítulo 8.
6. Ver capítulo 9.
7. Lucien Karpik y Terence C. Halliday, “The Legal Complex” (*Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 7, No. 1, 2011), pp. 217-236.
8. Anthony W. Pereira. *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005).
9. Ver capítulos 1, 2 y 3.
10. Ver capítulo 2.
11. Ver capítulo 5.
12. Nigel Rodley, “Reflections on Working for the Prevention of Torture” (*Essex Human Rights Review* 6, No. 1, 2009), pp. 15-21; capítulo 2.
13. Ver capítulo 2.
14. Ver capítulo 3.
15. Richard Abel, *Law's Trials: The Performance of Legal Institutions in the US 'War on Terror'* (Cambridge University Press, Cambridge, 2018); Richard Abel, *Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'* (Cambridge University Press, Cambridge, 2018).
16. Philip Alston, “The Populist Challenge to Human Rights” (*Journal of Human Rights Practice* 9, No. 1, 2017), pp. 1-15.
17. Nigel Rodley, op. cit.
18. Nigel Rodley, op. cit.
19. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *Does Torture Prevention Work?* (Liverpool:University Press, 2016).
20. Thomas Risse-Kappen, Stephen C. Ropp y Kathryn Sikkink (eds.), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013).
21. Alejandro Anaya-Muñoz, “Bringing Willingness Back in: State Capacities and the Human Rights Compliance Deficit in Mexico” (*Human Rights Quarterly* 41, No. 2, 30 May 2019), pp. 441-64.
22. Jimena Reyes, “State Capture through Corruption: Can Human Rights Help?” (*AJIL Unbound* 113, 2019), pp. 331-35. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.59>.
23. Pankaj Mishra, *Age of Anger: A History of the Present* (Allen Lane, Londres, 2017).

capítulo



**LA TORTURA ENTRE EL DERECHO  
INTERNACIONAL Y EL DERECHO  
INTERNO: IMPLEMENTACIÓN  
INADECUADA DE ESTÁNDARES  
INTERNACIONALES Y RENDICIÓN DE  
CUENTAS EN MÉXICO Y PERÚ**

Gaia Pergolo<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Abogada internacional. La autora trabajó como oficial legal para la organización no gubernamental internacional REDRESS desde febrero de 2014 hasta febrero de 2017. Este capítulo fue escrito por la autora a título personal. Las opiniones expresadas aquí son propias de la autora y no necesariamente reflejan los puntos de vista de REDRESS.

Capítulo original en inglés; traducción de Heidi Abuchaibe Abuchaibe. Docente investigador. Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales. CIPE. Universidad del Externado de Colombia.

## RESUMEN

Este capítulo explora barreras a la investigación, el procesamiento y el castigo efectivos de la tortura en México y Perú. A partir de la revisión de los estándares internacionales sobre la prohibición de la tortura, el capítulo identifica tres áreas de implementación inadecuada de esos estándares en los dos países: (i) la falta de criminalización de los actos de tortura de acuerdo con las convenciones internacionales; (ii) el hecho de no tener en cuenta los criterios internacionales en la interpretación y aplicación de las leyes de tortura; y (iii) la falta de adopción de estrategias establecidas a nivel internacional para la investigación de la tortura. Luego ilustra las dos formas principales en que la implementación inadecuada de los estándares internacionales puede crear desafíos a la rendición de cuentas en materia de tortura a nivel doméstico. El capítulo sugiere que esos desafíos se pueden superar alineando la legislación nacional con el derecho internacional, fortaleciendo la capacidad del sistema de justicia doméstica para enfrentar la tortura e implementando el litigio estratégico en casos de tortura a nivel internacional y regional, entre otras medidas.

**Palabras clave:** Estándares internacionales – Implementación – Rendición de cuentas por la tortura – Prohibición de la tortura – Ley nacional.

## ABSTRACT

This article explores barriers to the effective investigation, prosecution and punishment of torture in Mexico and Peru. After reviewing the international standards on the prohibition of torture, the author identifies three areas of inadequate implementation of those standards in the two countries: (i) the failure to criminalise acts of torture in accordance with international conventions; (ii) the failure to take into account international criteria in the interpretation and application of torture laws; and (iii) the failure to adopt strategies established at the international level for the investigation of torture. The author then illustrates the two main ways in which the inadequate implementation of international standards can contribute to creating challenges to accountability for torture at the domestic level. The author suggests that those challenges can be overcome by aligning national legislation with international law, building the capacity of the domestic justice system to deal with torture and litigating torture cases at the international and regional levels, among other measures.

**Key words:** International standards – Implementation – Torture accountability – Prohibition of torture – Domestic law.

# 1 INTRODUCCIÓN

A pesar de los hallazgos y conclusiones plasmadas en informes de diversos organismos internacionales y regionales sobre la ocurrencia generalizada de casos de tortura<sup>2</sup>, el Consejo Mexicano de la Judicatura Federal solo reportó un total de 16 condenas y dos absoluciones por el delito de tortura en el ámbito federal durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2017<sup>3</sup>. En el Perú, los organismos internacionales y regionales han reportado de igual manera un número considerable de denuncias por tortura<sup>4</sup>, al tiempo que manifiestan sus preocupaciones por “la falta de investigaciones exhaustivas y el bajo número de condenas en virtud de la legislación nacional”<sup>5</sup>. Si bien no existe un registro oficial de casos de tortura en Perú<sup>6</sup>, la Corte Penal Nacional informó haber dictado 64 veredictos en casos de tortura entre 2004 y 2014, 35 de los cuales fueron condenas<sup>7</sup>. La Oficina del Fiscal Penal Nacional informó que en el período 2011-2016 se procesaron 83 casos de tortura en las oficinas de fiscales superiores supraprovinciales de Lima. De este total, 22 casos estaban bajo investigación, 5 habían dado lugar a cargos formales, 14 habían sido remitidos a otra autoridad, 49 habían sido desestimados y 3 tenían algún otro estatus<sup>8</sup>.

A pesar de los numerosos casos de tortura documentados por diferentes organismos internacionales en México y Perú, ¿por qué el número tan reducido de investigaciones, procesamientos y sentencias por este crimen? Esto se puede explicar, en parte, al observar la aplicación inadecuada de los estándares internacionales en materia de prohibición de la tortura en el ámbito nacional. En particular, esta aplicación inadecuada hace que los actos que se consideran tortura desde una perspectiva legal internacional a menudo no son calificados como tales a nivel doméstico. Esto se debe a que la tortura no está tipificada como delito en las leyes nacionales o porque su definición interna no incluye todos los elementos establecidos en las convenciones internacionales. Otras razones se encuentran en la falta de referencia a los estándares internacionales y a la jurisprudencia en la interpretación de las leyes nacionales que definen los

elementos del delito, o en el hecho de no recurrir a las directrices establecidas en la práctica internacional para la investigación de actos de tortura. El hecho de que dichos estándares internacionales sobre la prohibición de la tortura no se implementen adecuadamente a nivel nacional contribuye a que no se investiguen, enjuicien y sancionen eficazmente actos de tortura como tales<sup>9</sup>.

La segunda parte de este capítulo se concentra en los estándares internacionales relacionados con la prohibición de la tortura a través de la revisión de distintas convenciones internacionales y regionales de derechos humanos y la jurisprudencia que interpreta sus disposiciones. En particular, se revisa la definición internacional de este crimen, establecida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (CCT) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), y explica, a la luz de la jurisprudencia relevante, las obligaciones internacionales de los Estados ante el delito de tortura.

La tercera parte del capítulo identifica tres áreas de implementación inadecuada de dichos estándares en los ámbitos nacionales: (i) la falta de una tipificación adecuada de la tortura que penalice y castigue adecuadamente los actos de tortura de conformidad con las convenciones internacionales; (ii) el desconocimiento de los criterios internacionales en la interpretación judicial de las leyes de tortura; y (iii) la inaplicación de estrategias de investigación establecidas en la práctica internacional. Luego explica de qué manera la implementación inadecuada de los estándares internacionales puede constituir un obstáculo para la rendición de cuentas en casos de tortura. En la cuarta parte se proporcionan recomendaciones específicas sobre cómo superar estos desafíos.

Este capítulo responde al interrogante planteado inicialmente a partir de la revisión de la práctica doméstica de cara a los estándares internacionales y a partir del examen de los casos que ponen de relieve las deficiencias en la protección interna contra la tortura. Al hacerlo, recurre a una serie de fuentes entre las que se incluyen el derecho y la jurisprudencia tanto nacionales como internacionales, los informes del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (Comité contra la Tortura), el Subcomité de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (SPT), informes del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas (relator especial sobre

la tortura), publicaciones de organizaciones internacionales y entidades no gubernamentales y datos sobre la tortura proporcionados por la sociedad civil y actores estatales en los países relevantes.

Dado que los estándares internacionales sobre la tortura han sido desarrollados por diferentes organismos internacionales y regionales, este capítulo se basa en la jurisprudencia de la Corte (Corte IDH) y la Comisión (CIDH) Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), así como en los comentarios generales del Comité contra la Tortura. El capítulo también toma en cuenta la información recopilada a través de las actividades de desarrollo de capacidades realizadas por el Instituto de Derechos Humanos de la Barra Internacional de Abogados (IBAHRI) con funcionarios judiciales en México en los años 2015-2016.

El capítulo se centra en dos países en particular: México y Perú. El primero es interesante a la luz del uso sistemático de la tortura, especialmente en el contexto de las investigaciones penales y los recientes intentos de alinear el marco legal nacional con las normas internacionales. Como lo explicó el anterior relator especial sobre la tortura: “la tortura y los malos tratos durante los momentos que siguen a la detención y antes de la puesta a disposición de la justicia son generalizados en México y ocurren en un contexto de impunidad. Generalmente la finalidad es castigar o extraer confesiones o información”<sup>10</sup>. Con miras a hacer frente a la sistematicidad de la tortura en el país, el Congreso de México aprobó una nueva Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura en junio de 2017<sup>11</sup>. Así pues, una nueva Unidad Especializada en Investigación del Delito de Tortura (UEIDT) de la Procuraduría General de la República (PGR) comenzó a funcionar el 27 de octubre de 2015 con el mandato de llevar a cabo, coordinar y supervisar la investigación de casos de tortura presuntamente cometidos por funcionarios públicos de la Administración Federal u otros órganos de esta<sup>12</sup>.

Perú, por su parte, tiene una larga historia en la materia. La tortura se utilizó sistemáticamente durante el conflicto armado interno de Perú (1980-2000) como método de investigación de delitos de terrorismo<sup>13</sup> y, hoy en día, se emplea para obligar a los sospechosos a confesar, castigar a los prisioneros o disciplinar a los soldados<sup>14</sup>. En los últimos años, la tortura también se ha asociado con el uso excesivo de la fuerza por

parte de la policía en el contexto de manifestaciones públicas y protestas<sup>15</sup>. También se recurre a esta práctica contra personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) con una clara intención discriminatoria<sup>16</sup>. Sin embargo, la ausencia del elemento discriminatorio en la definición de tortura establecida en el artículo 321 del Código Penal peruano impide que estos sean investigados y procesados como casos de tortura. Así pues, después de su visita de 2013 a Perú, el SPT recomendó una enmienda del Código Penal para incluir una definición de tortura que cubra todos los elementos contenidos en el artículo 1 de la CCT<sup>17</sup>. Ahora, si bien el artículo 321 del Código Penal se modificó en 2017, el propósito de discriminar sigue estando ausente en la definición del delito, lo que deja vacíos en la protección de las víctimas, especialmente de la comunidad LGBTI<sup>18</sup>.

Las observaciones en este capítulo se basan en el trabajo de la autora en temas de tortura en México y Perú. En su calidad de oficial legal con la organización REDRESS, la autora trabajó con organizaciones de la sociedad civil en estos dos países para promover la implementación de estándares internacionales a través de iniciativas de defensa y el litigio de casos de tortura en los ámbitos nacional e internacional. Su trabajo también consistió en desarrollar la capacidad de los actores nacionales involucrados en la lucha contra la tortura.

Si bien estas observaciones no se transfieren necesariamente a otros contextos en los que la autora no se ha enfocado en su trabajo, algunos de los temas tratados en este capítulo son relevantes para América Latina en general debido a las similitudes entre los desafíos que enfrentan México y Perú y los de otros países en la región. Por ejemplo, los marcos legales inadecuados y el hecho de no considerar y aplicar el derecho internacional en la jurisprudencia doméstica son también desafíos persistentes en otros países y pueden afectar de manera similar su capacidad para investigar, procesar y castigar de manera efectiva la tortura<sup>19</sup>. Por lo tanto, todos los países que tienen la intención de tomar en serio la lucha contra la tortura deben abordar los problemas relacionados con una aplicación inadecuada de los estándares internacionales en el ámbito nacional. Esto es particularmente relevante en una región donde la tortura fue empleada sistemáticamente durante los regímenes dictatoriales de la década de 1970 y cuya práctica continúa prevaleciendo hoy en día como una de las herramientas utilizadas en las investigaciones criminales y la aplicación de la ley<sup>20</sup>.

Al reflexionar sobre este trabajo, la autora espera contribuir al debate sobre la responsabilidad frente a la tortura en América Latina y ofrecer recomendaciones cuya validez vaya más allá de México y Perú.

## 2 LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

La prohibición de la tortura se establece en varias convenciones internacionales y regionales de derechos humanos<sup>21</sup> y se considera una norma de *jus cogens*<sup>22</sup>. Dicha prohibición es absoluta en el sentido de que, en circunstancias normales, el derecho a no ser sometido a tortura no se puede equilibrar con ningún otro derecho<sup>23</sup>. Es también no derogable porque en circunstancias excepcionales, como la guerra, la lucha contra el terrorismo, la inestabilidad política interna u otras emergencias públicas, subsiste la prohibición de la tortura<sup>24</sup>.

La CCT y la CIPST brindan definiciones muy similares de tortura, siendo los elementos principales infligir intencionalmente dolores o sufrimientos físicos o mentales graves para fines tales como el castigo, la intimidación o la discriminación por parte de un funcionario público, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia<sup>25</sup>. La CIPST estipula que “[s]e 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”<sup>26</sup>. Si bien la CIPST no contempla que el dolor o el sufrimiento sean “graves”, la Corte IDH siempre ha sostenido que, para constituir tortura, el dolor o el sufrimiento debe ser suficientemente severo<sup>27</sup>.

Estas convenciones también establecen una serie de obligaciones que los Estados deben cumplir para dar pleno efecto a la prohibición absoluta de la tortura. Entre estas se encuentra la de garantizar que los actos de tortura sean delitos en virtud de su legislación penal y se sancionen adecuadamente (obligación de penalizar)<sup>28</sup>. Asimismo, los Estados están obligados a iniciar una investigación inmediata e imparcial, siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura en un territorio bajo su jurisdicción o cuando una persona alegue haber sido sometida a tortura (obligación de investigar)<sup>29</sup>. Otro

requerimiento al respecto es el de reparar a las víctimas de tortura (obligación de reparar)<sup>30</sup> y, finalmente, las declaraciones obtenidas mediante tortura no pueden utilizarse como prueba en ningún procedimiento, excepto en contra de una persona acusada de haber cometido tortura como prueba de que la declaración se realizó (regla de exclusión)<sup>31</sup>.

El Comité contra la Tortura, a través de sus observaciones generales, y la Corte IDH y el TEDH, a través de su jurisprudencia, han aclarado el alcance de estas obligaciones. Con respecto a la obligación de criminalizar, el Comité contra la Tortura enfatizó la importancia de hacer de la tortura un delito distinguible de otros delitos, como el de lesiones, ya que esto alerta “a todos, esto es, a los autores, las víctimas y el público en general, de la gravedad especial del delito de tortura” y facilita “la tarea de los funcionarios competentes a la hora de detectar el delito específico de tortura”<sup>32</sup>. También aclaró que los Estados partes deben hacer que la tortura sea punible como un delito en virtud de su legislación penal, de conformidad con los elementos de la tortura definidos en el artículo 1 y los requisitos del artículo 4 de la CCT. A su vez, reconoció que “[l]as 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”<sup>33</sup>. Entretanto, la Corte IDH sostuvo que los Estados tienen que definir la tortura de una manera que sea compatible con el derecho internacional. En particular, no pueden establecer tal definición de manera menos exhaustiva que las normas internacionales aplicables, ya que la eliminación de elementos clave de la definición establecida a dicho nivel puede llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, eliminar y castigar según el derecho internacional<sup>34</sup>. De este modo, se permite a los Estados que se desvíen de las normas internacionales que definen la tortura solo si las normas nacionales brindan una protección más amplia contra ese crimen que la proporcionada por el derecho internacional<sup>35</sup>.

Otro aspecto de la obligación de tipificar como delito la tortura de conformidad con las convenciones internacionales se relaciona con la necesidad de eliminar del marco legal nacional todas las barreras para un enjuiciamiento efectivo de este delito. En este sentido, el Comité contra la Tortura explicó que la prescripción es incompatible con la prohibición de la tortura porque el paso del tiempo no

atenúa el daño sufrido por las víctimas. También declaró que con la prescripción “se privaría a las víctimas de la reparación, la indemnización y la rehabilitación a que tienen derecho”<sup>36</sup>. Del mismo modo, el TEDH ha sostenido sistemáticamente que “en los casos de tortura o malos tratos infligidos por agentes del Estado, los procedimientos penales no deben suspenderse por un período de limitación”, y también que “las amnistías y los indultos no deben tolerarse en tales casos”<sup>37</sup>.

Con respecto a la obligación de investigar, la Corte IDH sostuvo que, una vez que las autoridades estatales tienen conocimiento de un incidente de tortura, deben iniciar de oficio y sin demora una investigación seria, rápida, genuina, imparcial y efectiva<sup>38</sup>. Este es un deber independientemente de que se haya presentado cualquier queja por parte de la víctima, en especial si se tiene en cuenta que las víctimas a menudo se abstienen de denunciar los hechos por temor<sup>39</sup>. En este orden de ideas, es preciso realizar una investigación utilizando todos los medios legales disponibles para determinar la verdad<sup>40</sup> y para perseguir, capturar, procesar y finalmente castigar a todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos<sup>41</sup>. Ahora, si bien la obligación de investigar es de medios y no de resultados, debe ser asumida por el Estado como una obligación legal y no como una simple formalidad preestablecida para ser inefectiva<sup>42</sup>, ni como un paso que depende de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares o en su oferta de prueba<sup>43</sup>.

La Corte IDH también definió los principios rectores que deben sustentar una investigación penal sobre una denuncia de tortura; en particular, “recuperar y preservar el material probatorio [...]; identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones, y determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado”<sup>44</sup>.

En el curso de una investigación, es necesario que se realicen con prontitud exámenes médicos adecuados y exhaustivos sobre la víctima, ya que el tiempo que transcurre antes de que se realicen dichos exámenes “es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas, y en consecuencia los elementos de evidencia pueden ser escasos”<sup>45</sup>. La Corte IDH ha reconocido la importancia del uso del *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul) en la documentación de los actos de tortura<sup>46</sup>. Así, según lo explicado por el

Comité contra la Tortura, cualquier investigación sobre las denuncias de tortura “debe incluir como práctica corriente un examen forense físico y psicológico, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Estambul”<sup>47</sup>. Adicionalmente, el Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de atención médica responsable de examinar a la víctima<sup>48</sup>.

Estas obligaciones internacionales tienen que ser implementadas por los Estados en el ámbito nacional para dar pleno efecto a la prohibición absoluta de la tortura. Estos últimos también deben garantizar que las autoridades legales nacionales cumplan con los principios descritos anteriormente al tratar las denuncias de tortura. Sin embargo, como se muestra a continuación, con frecuencia este no es el caso.

## 3 LA IMPLEMENTACIÓN INADECUADA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA EN EL ÁMBITO NACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS POR CASOS DE TORTURA

### 3.1 Falla al criminalizar adecuadamente la tortura

Una de las formas en que los Estados no implementan adecuadamente a nivel doméstico los estándares internacionales para la prohibición de la tortura es no tipificarla como un delito en la legislación nacional. Es así como la tortura no es un delito punible en el derecho penal interno en 11 países de América Latina y el Caribe<sup>49</sup>. A falta de disposiciones específicas que tipifiquen como delito la tortura, los actos de tortura son procesados a menudo como otros delitos<sup>50</sup>.

Esto es lo que sucedió en el caso de la señora Fernández Ortega, una mujer indígena que fue violada por un soldado en su casa en Barranca Tecoani, estado

de Guerrero, México, mientras otros dos soldados observaban la escena y le apuntaban con sus rifles<sup>51</sup>. En el momento de los hechos, la tortura no estaba tipificada como delito en el Código Penal del Estado de Guerrero<sup>52</sup>. Se iniciaron procedimientos legales a nivel nacional por los delitos de violación, entrada ilegal y abuso de autoridad que duraron ocho años y nunca llegaron a una determinación sobre la naturaleza del delito o la identidad de los autores<sup>53</sup>.

El caso se presentó ante la Corte IDH, que determinó que el acto de violación sufrido por la señora Fernández Ortega constituía tortura a la luz de su carácter punitivo, el contexto de coacción en el que se cometió y la gravedad del daño sufrido por la víctima<sup>54</sup>. La Corte también examinó los procedimientos judiciales internos según las disposiciones de la CIPST. En particular, observó si el hecho de que las autoridades nacionales no hubieran investigado la violación sufrida por la señora Fernández Ortega como tortura constituía una violación de la obligación del Estado de prevenir y castigar la tortura, incluso mediante la criminalización de actos de tortura en el derecho interno<sup>55</sup>.

La Corte IDH encontró que “el Estado no incumplió los artículos 1, 6 y 8 de la Convención mencionada al investigar el hecho en perjuicio de la señora Fernández Ortega, que por sus particularidades constituyó un acto de tortura, calificándolo como violación sexual”<sup>56</sup>. Consideró que la violación estaba tipificada como delito en el Código Penal del Estado de Guerrero y en el Código Penal Federal de México y que estaba sancionada con penas de ocho a dieciséis años de prisión y de ocho a catorce años de prisión respectivamente. Como consecuencia, llegó a la conclusión de que la investigación por violación se realizó de acuerdo con los hechos de la denuncia, “con la obligación general que los actos de tortura constituyan delitos en el derecho interno así como con el requisito de severidad de su sanción”<sup>57</sup>.

En este caso, la Corte parece haber opinado que las normas internacionales sobre la prohibición de la tortura se cumplen si los actos que equivalen a tortura son procesados y castigados con penas suficientemente graves, y esto parecería suficiente, independientemente de la caracterización legal de estos actos por parte de las autoridades nacionales, e incluso si las conductas relevantes se procesan como otros delitos porque la tortura no es un delito en el derecho interno. Sin embargo, como se ilustrará a continuación, hay una serie de problemas

relacionados con el procesamiento de la tortura como un delito común. En particular, las garantías relacionadas con la prohibición absoluta de la tortura, entre las cuales se encuentra la imprescriptibilidad de los procedimientos, no son inherentes al enjuiciamiento de delitos comunes.

Además de tener su origen en una completa falta de criminalización, una inadecuada implementación de las normas internacionales sobre la prohibición de la tortura también puede provenir de definiciones de tortura que no se ajustan a los artículos 1 y 4 de la CCT y a los artículos 2 y 3 de la CIPST. A este respecto, el Comité contra la Tortura y el SPT señalaron que la definición de tortura en el artículo 321 del Código Penal peruano no incluye la discriminación entre los propósitos por los cuales se puede cometer la tortura<sup>58</sup>. Esto parece particularmente relevante a la luz de los informes del SPT de haber recibido “testimonios de amenazas, extorsiones, ataques y amedrentamiento” dirigidos a personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) “con claros fines discriminatorios”<sup>59</sup>. Así pues, en ausencia del elemento discriminatorio en la definición de tortura, los actos de violencia perpetrados con una clara intención de discriminar a las personas LGBT no pueden clasificarse como tortura y, por lo tanto, investigarse y procesarse de conformidad con las normas internacionales establecidas para la investigación y enjuiciamiento de este delito.

Estos problemas fueron revelados por las organizaciones Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) y REDRESS a través del caso de Azul Rojas Marín, una transgénero peruana. Los peticionarios se quejaron ante la CIDH de que el trato infligido por los oficiales de policía a la víctima, mientras esta última vivía como un hombre gay en Perú, constituía tortura. La víctima fue arrestada, detenida en una celda de la prisión durante toda una noche, desnudada y violada con un palo mientras era insultada repetidamente por ser homosexual. Se inició una investigación por los delitos de violación y abuso de autoridad, que luego fue archivada por el fiscal nacional por falta de pruebas. Los peticionarios afirmaron que los actos relevantes equivalían a tortura y que, en cambio, fueron investigados como violación y abuso de autoridad porque el Código Penal del Perú no establece que la tortura pueda perpetrarse con la intención de discriminar a la víctima. De esta forma, los peticionarios sostuvieron que el Perú está violando sus obligaciones

internacionales bajo la CCT y la CIPST por no adoptar una definición de tortura que cumpla con los estándares internacionales en la materia<sup>60</sup>. El caso fue asumido por la CIDH y llevado ante la Corte IDH<sup>61</sup>.

En estos casos analizados, el hecho de que la tortura no haya sido tipificada como delito o que dicha tipificación no haya incorporado todos los elementos establecidos en las convenciones internacionales dio lugar a una falta de enjuiciamiento interno por tortura. Esto, a su vez, permitió la falta de punición de los perpetradores y la imposibilidad de designar los actos de tortura como tales y de reflejar su gravedad en los procedimientos judiciales internos.

## 3.2 Incumplimiento de criterios internacionales en la interpretación judicial de las leyes de tortura

Los tribunales y organismos internacionales y regionales han desarrollado criterios para la interpretación de las leyes de tortura y la evaluación de los elementos del crimen. El Comité contra la Tortura reconoció la importancia de interpretar el derecho interno de conformidad con las normas internacionales para brindar la mayor protección posible a las víctimas<sup>62</sup>. Los problemas surgen cuando las autoridades nacionales no toman en cuenta estos criterios y adoptan interpretaciones de la ley excesivamente restrictivas en la evaluación de si ciertos actos constituyen tortura. Ponderar la severidad del dolor o sufrimiento constituye un aspecto particularmente problemático de dicha estimación.

Al determinar si el dolor o el sufrimiento experimentado por la víctima es suficientemente grave como para constituir tortura, los tribunales internacionales y regionales han adoptado un enfoque holístico que tiene en cuenta todas las circunstancias del caso sobre la base de factores objetivos y subjetivos<sup>63</sup>. Los primeros se relacionan con la naturaleza y las características del maltrato, tales como “la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar”<sup>64</sup>. Los segundos se refieren a “las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”<sup>65</sup>.

Las autoridades nacionales de Perú no siempre siguen estos criterios cuando evalúan una alegación de tortura. El SPT observó que los fiscales y los jueces a menudo “harían depender la prueba y la calificación de los hechos de las lesiones reflejadas en los certificados médicos, sin valorar el contexto en que dichas lesiones se habrían producido”<sup>66</sup>. Asimismo señaló, por ejemplo, un caso en el que la Fiscalía presentó cargos por lesiones leves porque el certificado médico prescribía solo 14 días de ausencia del trabajo y no se había establecido la existencia de sufrimientos graves y crueles<sup>67</sup>. Ante esto, el SPT expresó que “en la determinación del delito de tortura es inadecuado asimilar la intensidad del sufrimiento infligido a la eventual incapacidad física resultante de la victimización sufrida, como si se tratara del delito de lesiones”<sup>68</sup>.

Las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la tortura en Perú se han centrado en los casos en que han surgido estos problemas. Los abogados de la CNDDHH destacaron cómo los fiscales nacionales a menudo adoptan un enfoque limitado cuando valoran el sufrimiento de la víctima y no hacen una evaluación integral del impacto de la violencia de acuerdo con las normas internacionales. En el caso de Luis Ismael Ugaz Velásquez, la organización impugnó la caracterización de lesiones menores y abuso de autoridad de actos de violencia perpetrados por agentes de la policía contra un joven detenido. Los abogados de la CNDDHH cuestionaron la determinación del fiscal de que la conducta de la víctima “no correspondía a la de una persona víctima de tortura” porque él dormía bien y había vuelto a una rutina de trabajo normal después de los hechos<sup>69</sup>. En este sentido, afirmaron que un hecho se puede clasificar como tortura incluso cuando las lesiones físicas o psicológicas no requieren atención médica prolongada<sup>70</sup>. No obstante, en una sentencia de 1 de julio de 2014, los acusados fueron absueltos de todos los cargos, y la sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Apelación.

Casos como el de Ugaz Velásquez muestran que el hecho de no basarse en criterios internacionales para evaluar las pruebas y determinar si se han establecido los elementos legales de la tortura puede resultar en una aplicación incorrecta de las leyes de tortura y en la caracterización de los actos de tortura como delitos menos graves.

### 3.3 Falla en el seguimiento de las pautas y estrategias internacionales para la investigación de la tortura

Como se ilustra arriba, los Estados tienen la obligación de iniciar una investigación de manera inmediata, imparcial y efectiva siempre que estén conscientes de que un acto de tortura se comete dentro de un territorio bajo su jurisdicción o cuando la víctima presenta una queja<sup>71</sup>. Cualquier deficiencia en una investigación que afecte su capacidad para establecer las circunstancias del caso hace que la investigación no sea efectiva<sup>72</sup>. Además, las declaraciones obtenidas bajo tortura no se pueden utilizar en ningún procedimiento, excepto en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se hizo la declaración<sup>73</sup>. Cualquier investigación sobre las denuncias de tortura debe incluir como medida estándar un examen independiente según lo dispuesto en el Protocolo de Estambul<sup>74</sup>. Dicho examen debe realizarse lo antes posible después de los hechos para garantizar la preservación de las pruebas y la posibilidad de determinar la naturaleza de las violaciones<sup>75</sup>.

En México y Perú, las autoridades nacionales a menudo no recurren a estos principios cuando investigan casos de tortura, con consecuencias altamente problemáticas para la efectividad de la investigación y la posibilidad de establecer los hechos. Estos problemas son evidentes en varios casos mexicanos en los que sospechosos que habían rendido declaración bajo tortura ante la policía en el contexto de una investigación criminal posteriormente dieron cuenta diferente de los hechos ante la autoridad judicial e indicaron que la primera declaración había sido rendida bajo tortura. En lugar de investigar sin demora la alegación de tortura, muchos jueces y fiscales en estas situaciones tienden a seguir el principio de “inmediatez procesal”, por lo que dan más peso a la primera declaración proporcionada por el sospechoso. Según el Tribunal Supremo de México, las declaraciones iniciales tienen mayor validez porque se proporcionan sin influencia externa y de manera espontánea y, por lo tanto, se les otorga un mayor valor que a las posteriores<sup>76</sup>. Sin embargo, en la práctica, la policía recopila confesiones contaminadas con tortura y luego las utiliza un juez para condenar a la persona que hizo la declaración, sobre la base del principio de inmediatez<sup>77</sup>.

Los problemas de la aplicación del principio de “inmediatez procesal” se hicieron evidentes en el caso de *Ananías Laparra Martínez y Familia v. México* ante la CIDH. Los peticionarios se quejaron de la detención ilegal y arbitraria del Sr. Ananías Laparra y su posterior condena basada en una confesión obtenida bajo tortura por agentes de la Policía Judicial del Estado de Chiapas<sup>78</sup>. Los peticionarios y el Estado de México resolvieron el caso con un acuerdo amistoso ante la CIDH que implicó como medida de reparación un programa de capacitación para el Poder Judicial, la Oficina del Fiscal General y otras autoridades estatales del Estado de Chiapas enfocadas en estándares internacionales sobre el debido proceso legal. El acuerdo amistoso dispuso que, en el contexto de esta capacitación, se debe prestar especial atención a “la necesidad de corregir la aplicación inadecuada del principio de inmediatez procesal, [...] la aplicación del concepto de prueba ilícita y su invalidez, así como la invalidez de declaraciones obtenidas bajo coacción o tortura, de conformidad a decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y de la jurisprudencia internacional”<sup>79</sup>. La CIDH recordó que:

[...] el principio de intermediación procesal concebido por el Estado mexicano, en vez de servir como una garantía procesal para los inculpados de los delitos, se transforma en su antítesis, en una fuente abusos para los inculpados. Asimismo, la Comisión ha sostenido que las declaraciones que deben prevalecer como plena prueba son las judiciales, es decir, las presentadas ante un juez competente y no las prejudiciales, lo que se reafirma en el proceso penal acusatorio<sup>80</sup>.

Otra forma en que las autoridades nacionales no recurren a las directrices internacionales en la investigación de casos de tortura es no realizar un examen forense físico y psicológico de la víctima de conformidad con el Protocolo de Estambul o aplicarlo incorrectamente. En su evaluación de la situación de los derechos humanos en México, la CIDH indicó a este respecto que la aplicación inadecuada del Protocolo de Estambul tiene un impacto directo en las investigaciones<sup>81</sup>. Específicamente, la Comisión recibió información de que el Protocolo a menudo es implementado por personal no capacitado y de que la mayoría de las evaluaciones realizadas por expertos forenses tienen un resultado negativo<sup>82</sup>.

De manera similar, en su informe de seguimiento de 2017, el relator especial sobre la tortura indicó que, en la mayoría de los casos en los que se presenta una denuncia por tortura, no se realiza una evaluación médico-legal a la víctima. El relator especial también encontró que el examen se hace meses o años después de los actos de tortura, de manera deficiente o de tal modo que el experto concluya que no hay signos de tortura<sup>83</sup>. Además, la evaluación médico-legal no es realizada por personal independiente, lo que contribuye a los resultados negativos del examen<sup>84</sup>. Estos problemas también fueron revelados a través del trabajo de la IBAHRI sobre el desarrollo de capacidades y la asistencia técnica en México, ya que los participantes en las sesiones de capacitación indicaron que los fiscales tienden a desestimar un reclamo de tortura si el examen de una víctima, según el Protocolo de Estambul, concluye que no existen signos de tortura, sin asegurarse de que el personal involucrado en su administración está capacitado o calificado para hacerlo y sin tener en cuenta ningún otro elemento que de otro modo sugeriría que la víctima fue sometida a tortura<sup>85</sup>.

El caso de Azul Rojas Marín ilustra el impacto de estas deficiencias en la investigación de actos de tortura. Los peticionarios criticaron la decisión de las autoridades nacionales de no practicar a la víctima una evaluación médico-legal de acuerdo con el Protocolo de Estambul porque se consideró que la investigación era por delitos de violación y abuso de autoridad y no por el delito de tortura<sup>86</sup>. En opinión de los peticionarios, las autoridades de investigación deberían haber realizado esta evaluación médico-legal antes de determinar que el caso fue de violación y abuso de autoridad y no de tortura, ya que los resultados de esa evaluación deberían haber informado la decisión sobre la caracterización de los hechos<sup>87</sup>. Los peticionarios sostuvieron que, como consecuencia de la denuncia de la víctima de que había sido sometida a tortura y de una solicitud de sus abogados para que se volviera a caracterizar los hechos como tortura, dicha evaluación debería haberse realizado sobre la víctima para evaluar si las lesiones físicas y psicológicas eran compatibles con actos de tortura<sup>88</sup>. En ese orden de ideas, afirmaron que la decisión de no realizar un examen en virtud del Protocolo de Estambul socavó la posibilidad de establecer las circunstancias del caso y, por lo tanto, constituía una violación de la obligación del Estado de investigar diligentemente<sup>89</sup>.

Las deficiencias descritas anteriormente tienen el potencial de afectar la efectividad de la investigación y su capacidad para establecer la verdad e identificar a los responsables.

### 3.4 Consecuencias por la rendición de cuentas en casos de tortura a nivel nacional

La aplicación inadecuada de los estándares internacionales sobre la prohibición de la tortura a nivel nacional socava la capacidad de las autoridades nacionales para identificar, investigar, procesar y sancionar efectivamente los actos de tortura de dos maneras principales.

Primero, los actos de tortura no pueden ser procesados y castigados cuando la tortura no es un delito en el derecho penal interno o cuando la definición de este delito no incluye todos los elementos establecidos en las convenciones internacionales. En estos casos, se excluye el procesamiento interno por el delito de tortura ya que no existe una vía penal en el sistema legal nacional. Por lo tanto, los actos de tortura no pueden ser procesados y castigados en el ámbito doméstico, lo que se constituye en una forma de impunidad.

En segundo lugar, los actos de tortura se clasifican como otros delitos, a menudo menos graves, cuando la tortura no está tipificada como delito, cuando su definición no cumple con la de las convenciones internacionales, o cuando los criterios y normas internacionales no se tienen en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes de tortura o en la investigación de denuncias de tortura, como se ve en los casos de la señora Fernández Ortega y Azul Rojas Marín. La CIDH expresó preocupación al respecto al indicar que en las Américas existe una “práctica generalizada” de recurrir a delitos menos graves en los casos que deberían calificarse como tortura, minimizando así la gravedad del delito<sup>90</sup>. En opinión de la CIDH, esto tiene un impacto en la posibilidad de investigar y castigar adecuadamente la tortura y facilita la aplicación de plazos de prescripción y, como consecuencia, la impunidad de la tortura<sup>91</sup>. Varios organismos internacionales y regionales han expresado su preocupación por la clasificación de los casos de tortura como delitos menos graves, tales como el asalto o lesiones menores en México y Perú, específicamente<sup>92</sup>.

El procesamiento de la tortura como un delito común crea una serie de problemas que socavan la prohibición absoluta de esta práctica. En particular, el transcurrir de los períodos de prescripción vinculados a delitos comunes puede causar la extinción de la acción legal o de la sanción impuesta. Las sentencias leves no reflejan la gravedad del delito, y la consecuente remisión de penas de prisión particularmente breves resulta en la falta de un castigo adecuado para los perpetradores. Las obligaciones específicas que incumben a los Estados frente a los actos de tortura, incluida la de iniciar una investigación inmediata e imparcial, no se derivan de delitos comunes. Así, los Estados no pueden ser responsabilizados internacionalmente por cualquier deficiencia en el cumplimiento de estas obligaciones internacionales. Además, el estigma asociado a la tortura no se refleja en el procesamiento de delitos como las lesiones corporales y el abuso de autoridad.

La obligación de prevenir y sancionar la tortura se implementa a través de una serie de medidas que incluyen la reparación de las víctimas, su derecho a que se escuche su queja, la necesidad de reflejar la gravedad del delito mediante la imposición de penas graves y hacer visible la práctica de la tortura. Por lo tanto, la capacidad de un sistema jurídico nacional para prevenir y sancionar la tortura se mide por su competencia para eliminar los obstáculos a la investigación y para el enjuiciamiento y el castigo efectivos de los actos de tortura, inclusive asegurándose que los actos de tortura sean procesados como tales, evitando la aplicación de períodos de prescripción o de amnistías que limiten u obstaculicen el desarrollo de las acciones judiciales. Al no tipificar la tortura como un delito y permitir que los actos de tortura sean procesados como otros delitos, no se observan todas las garantías que se aplican en las investigaciones por tortura, dando lugar a la impunidad.

Como sostuvo recientemente el TEDH,

la ausencia de una legislación penal capaz de prevenir y castigar efectivamente a los autores de actos [de tortura] [...], puede evitar que las autoridades procesen violaciones de ese valor fundamental de las sociedades democráticas, evaluando su gravedad, imponiendo sanciones adecuadas y excluyendo la implementación de cualquier medida que pueda debilitar la pena excesivamente, socavando su efecto preventivo y disuasivo<sup>93</sup>.

Finalmente, como lo indica el Comité contra la Tortura, nombrar la tortura “promoverá el objetivo de la Convención, en particular advirtiendo a todos, esto es, a los autores, las víctimas y el público en general, de la gravedad especial del delito de tortura”<sup>94</sup>.

## 4 POSIBLES MANERAS DE ABORDAR ESTOS DESAFÍOS

El Comité contra la Tortura instó a México a enmendar la legislación federal y estatal para que la definición de la tortura se ajuste a las disposiciones del artículo 1 de la CCT<sup>95</sup>. Recomendó, en particular, que tal definición cubra los actos cometidos por una tercera persona, a instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público. También sugirió criminalizar los actos de tortura cometidos por motivos basados en la discriminación<sup>96</sup>.

La promulgación de la nueva Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura en 2017 constituye un avance positivo en la lucha contra la impunidad de la tortura en México. Sus disposiciones cumplen con las normas internacionales: el artículo 8 establece que el ejercicio de la acción penal y la sanción impuesta por el delito de tortura no están sujetos a prescripción; el artículo 24 incorpora en la definición de tortura todos los elementos previstos en la CCT y la CIPST, incluido el propósito de la discriminación; el artículo 25 establece que la tortura puede ser perpetrada también por un particular con la autorización, asistencia o aquiescencia de un funcionario público; finalmente, los artículos 50-54 regulan la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura<sup>97</sup>.

El Código Penal peruano fue modificado recientemente por el Decreto Legislativo N.º 1351 de 2017 para incluir una nueva definición de tortura<sup>98</sup>. El artículo 321 enmendado criminaliza el tratamiento tendente a menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental. Si bien esta enmienda es bienvenida ya que agrava la pena y hace que la legislación nacional se ajuste a las disposiciones de la CIPST con respecto a la incorporación del término “tendente”, la definición de tortura aún no incluye la intención de discriminar. Se espera que se realicen nuevas modificaciones al Código Penal para incluir todos

los elementos de la definición internacional de tortura, ampliando así el alcance de la ley para proteger a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por el marco legal actual.

Para eliminar las barreras a la rendición de cuentas por actos de tortura en América Latina y el Caribe, es esencial que los países donde la ley no prohíbe la tortura hagan los cambios necesarios en su legislación para introducir el delito de tortura y aplicar sanciones que reflejen su gravedad. Cuando la tortura está tipificada como delito, su definición debe reflejar la establecida en las convenciones internacionales y regionales. Cuando los elementos de la definición internacional no se reflejan en la legislación nacional, se recomienda que se lleven a cabo enmiendas para que el marco legal nacional se ajuste al derecho internacional.

Además de establecer un sólido marco legal contra la tortura, es esencial que los Estados implementen las decisiones y opiniones adoptadas en los casos contenciosos en los que son parte. Con respecto a México, el relator especial sobre la tortura señaló en su informe de seguimiento de 2017 que el Estado aún no había cumplido con las recomendaciones del Comité contra la Tortura en el caso de *Ramírez Martínez et al. v. México*<sup>99</sup>. En este, el Comité estableció que México fue responsable de actos de tortura perpetrados contra cuatro hombres por parte de personal militar y de haber violado los artículos 1, 2(1), 12-15 y 22 de la CCT<sup>100</sup>. En consecuencia, el Comité había instado al Estado a implementar una serie de medidas de reparación, incluida la liberación inmediata de las víctimas, la apertura de una investigación sobre los actos de tortura y la eliminación de la figura penal del arraigo de su ordenamiento jurídico<sup>101</sup>. Luego, en sus comentarios en respuesta al informe de seguimiento del relator especial, México proporcionó información actualizada sobre el estado de la implementación de las recomendaciones del Comité, que incluyó la liberación de las víctimas y la elaboración de un programa de capacitación para oficiales militares sobre cuestiones de derechos humanos<sup>102</sup>.

Los Estados también deben seguir las recomendaciones de los organismos internacionales y regionales encargados de monitorear el cumplimiento con la CCT y la CIPST. Perú aún tiene que cumplir con la recomendación del Comité contra la Tortura de recopilar datos estadísticos sobre denuncias, investigaciones, procesamientos y condenas de casos de tortura y malos tratos por parte del

personal policial y penitenciario, así como sobre los medios de reparación, incluida la indemnización y la rehabilitación proporcionadas a las víctimas<sup>103</sup>. La implementación de estas medidas tiene el potencial de fortalecer el sistema legal interno y sus instituciones, haciendo así más efectiva la lucha contra la tortura. México, Perú y todos los demás Estados de la región deben seguir la orientación proporcionada por los organismos internacionales y regionales a este respecto.

Otra forma en que los Estados de esta región pueden implementar los estándares internacionales para la prohibición de la tortura de manera efectiva es mediante el desarrollo de la capacidad del sistema de justicia nacional para hacer frente a los casos de tortura. Las sesiones de capacitación dirigidas a jueces y fiscales deberían brindar una oportunidad a estos funcionarios para comprometerse con el derecho internacional y la jurisprudencia sobre la tortura. Estas actividades también deben apuntar a aumentar el conocimiento de instrumentos internacionales como el Protocolo de Estambul y fomentar su uso correcto en la investigación de situaciones de tortura. Este conjunto de acciones puede generar capacidades para lograr una aplicación más consistente de los criterios internacionales en la interpretación de las leyes de tortura, así como el desarrollo de una jurisprudencia más protectora de los derechos de las víctimas a nivel nacional. Adicionalmente, el uso sistemático de estrategias y herramientas internacionales para detectar la tortura puede aumentar las posibilidades de investigar y procesar efectivamente este crimen<sup>104</sup>.

El intercambio de conocimientos especializados y técnicos entre los funcionarios judiciales que trabajan en cuestiones de tortura también debe promoverse en el ámbito regional. Con la creación de la nueva Unidad Especializada en Investigación del Delito de Tortura en México, un grupo altamente especializado de fiscales ha comenzado a desarrollar una experiencia considerable en la investigación y el procesamiento de casos de tortura. Basándose en este trabajo altamente especializado, los miembros de esta unidad deben ser alentados a transferir las lecciones aprendidas a otros fiscales que trabajan en temas similares en otros países de América Latina. Esto podría facilitar la transferencia de conocimiento, así como la identificación de desafíos comunes y posibles soluciones. A largo plazo, la divulgación de las mejores prácticas en el ámbito regional podría mejorar la investigación y el procesamiento de casos de tortura en cada país de América Latina.

Al mismo tiempo, las organizaciones de la sociedad civil en México, Perú y otros países de América Latina deben continuar luchando contra la impunidad en los casos de tortura. El litigio internacional y regional de casos de tortura que señalan lagunas en el marco legal nacional antitortura es una herramienta clave para avanzar la protección contra este delito. Precisamente, cuando los casos de tortura son llevados a organismos internacionales y regionales, los sistemas domésticos son examinados en relación con los estándares internacionales. Esto puede llevar a la posterior modificación de leyes e instituciones con miras a alinear el marco legislativo e institucional nacional con el derecho internacional. Igualmente, las organizaciones de la sociedad civil son un actor clave en este proceso, y el intercambio de estrategias entre las organizaciones que operan en los diferentes países de la región puede hacer que estos esfuerzos sean más efectivos.

## 5 CONCLUSIÓN

Este capítulo ha identificado tres áreas en las que los estándares internacionales sobre la prohibición de la tortura no se reflejan correctamente en los sistemas nacionales. Ha ilustrado cómo la implementación inadecuada de estos estándares puede contribuir a la creación de obstáculos en el adecuado procesamiento y juzgamiento de la tortura, considerando de qué manera el hecho de no tipificar como delito la tortura o de no definirla de conformidad con el derecho internacional dificulta la protección efectiva de las víctimas. También se han considerado las consecuencias de no adoptar criterios internacionales en la interpretación de las leyes de tortura y la investigación de casos de tortura. Todos estos factores derivan en un bajo número de investigaciones y procesamientos por tortura, a pesar del alto número de denuncias de tortura en países como México y Perú. Un conocimiento más profundo de estos estándares y su aplicación consistente en el ámbito nacional se encuentran entre las posibles formas sugeridas aquí para superar estos desafíos. Con suerte, los actores estatales y de la sociedad civil podrán hacer uso de estas recomendaciones para fortalecer las respuestas internas al delito de tortura.

## NOTAS AL PIE

2. *Informe de seguimiento del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (A/HRC/34/54/Add.4, 17 de febrero de 2017), párr. 21 (español únicamente); Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Situación de los derechos humanos en México* (OEA/Ser.L/V/II., Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015), párrs. 212-214, 298-302; Juan E. Méndez, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014), párr. 76; Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptadas por el Comité en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012)*, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre 2012, párr. 10.
3. Estos datos se obtuvieron a través de una solicitud de acceso a la información pública presentada a las autoridades federales por la organización Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Ver Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Organización Mundial Contra la Tortura, Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *I(dh)reas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Crímenes de Lesa Humanidad en el Marco de la Lucha Contra Las Drogas* (2018, disponible en <http://cmdpdh.org/project/informe-conjunto-para-tercer-epu-de-mexico-2018-crímenes-de-lesa-humanidad-en-el-marco-de-la-lucha-contra-las-drogas/>, consultado el 6 de agosto de 2018), párr. 42.
4. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *Visita al Perú del 10 al 20 de septiembre de 2013: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte* (CAT/OP/PER/1, 9 de agosto de 2017), párrs. 21-27; Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012)*, CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero 2013, párr. 8.
5. Comité contra la Tortura, *op. cit.*, párr. 8.
6. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 113; Comité contra la Tortura, *op. cit.*, párr. 8; Nataly Herrera y Tom Pegram, “Perú” (En Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *Does Torture Prevention Work?* (Oxford University Press, 2016).
7. Nataly Herrera y Tom Pegram, *op. cit.*
8. Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes*, Séptimos informes periódicos que los Estados parte debían presentar en 2016, Perú (CAT/C/PER/7, 18 de julio de 2017), párr. 135.

9. Este capítulo no afirma que la implementación inadecuada de las normas internacionales sobre la prohibición de la tortura a nivel nacional es la única causa de la falta de rendición de cuentas en casos de tortura. Por el contrario, existen otras deficiencias sistémicas, incluidas la corrupción y la falta de instituciones independientes, que tienen un impacto en la capacidad para investigar, procesar y sancionar con eficacia los actos de tortura en el ámbito nacional. Sin embargo, este capítulo se centra en los problemas relacionados con la interrelación entre los sistemas jurídicos internacional y nacional en lo que respecta a la protección jurídica contra la tortura. Para obtener una descripción general de las barreras legales y no legales para la prevención de la tortura y la rendición de cuentas en Perú, vea a Richard Carver y Lisa Handley, *Does Torture Prevention Work?* (Oxford University Press, 2016); para obtener una descripción general de las barreras legales y no legales a la rendición de cuentas en casos de tortura en 18 países de las Américas, consulte REDRESS, *Torture in the Americas: The Law and Practice* (1 de junio de 2013, disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/12/130626-torture-in-the-americas.pdf>, consultado el 5 de agosto de 2018).
10. Juan E. Méndez, *op. cit.*, párr. 76.
11. *Ley general para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (publicada el 26 de junio de 2017, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPIST\\_260617.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPIST_260617.pdf), consultado el 29 de agosto de 2018).
12. Más información sobre el mandato y las funciones de la Unidad Especializada en Investigación del Delito de Tortura (UEIDT) está disponible en <https://www.gob.mx/pgr/acciones-y-programas/unidad-especializada-en-investigacion-del-delito-de-tortura-ueidt> (consultado el 29 de agosto de 2018). Vea también Comité contra la Tortura, *Séptimo informe periódico que México debía presentar en 2016 en virtud del artículo 19 de la Convención* (CAT/C/MEX/7, 6 de febrero de 2018), párrs. 107-109.
13. Nataly Herrera y Tom Pegram, *op. cit.*
14. Ídem.
15. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 23; Nataly Herrera y Tom Pegram, *op. cit.*; REDRESS, *op. cit.*
16. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 21.
17. *Ibid.*, párrs. 107-108.

18. Decreto Legislativo No. 1351, publicado en el Boletín Oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2017 (disponible en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-penal-a-fin-de-fo-decreto-legislativo-n-1351-1471551-3/>, consultado el 3 de febrero de 2018).

19. Association for the Prevention of Torture (APT), *Overview of Anti-Torture Legislation in Latin America and the Caribbean* (octubre de 2017), págs. 9-11; REDRESS, *op. cit.*

20. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV: Desarrollo de los derechos humanos en la región (*Informe anual 2014*), párrs. 112 (“[l]a Comisión también está preocupada por las denuncias de tortura en la región, y ha instado a los Estados de la región a que tomen medidas decisivas para prevenirla”), 113 (“La CIDH ha subrayado la necesidad de que las más altas autoridades del Estado envíen un mensaje claro de rechazo del empleo de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y de que se adopten las medidas necesarias para desarraigar estas prácticas de la cultura institucional de los organismos de seguridad”).

21. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), art. 7; Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT), art. 2; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 5(2); Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), art. 3; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR), art. 5.

22. Corte IDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2003, Serie C N.º 103, párr. 92; Corte IDH, *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C N.º 114, párr. 143; Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, Serie C N.º 160, párr. 271; Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2), 24 de enero de 2008, párr. 1; TPIY, *Fiscal v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Sentencia de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998, párrs. 153-154; TEDH, *Al-Adsani v. Reino Unido*, solicitud N.º 35763/97, 21 de noviembre de 2001, párr. 61.

23. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2), 24 de enero de 2008), párr. 1.

24. ICCPR, art. 4(2); CCT, art. 2(2); CIPST, art. 5; Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, Serie C N.º 160, párr. 271.

25. El artículo 1 de la CCT define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

El artículo 2 de la CIPST establece que la tortura es “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”.

El artículo 3 de la CIPST dispone que “[s]erán 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”.

26. CIPST, art. 2.

27. Corte IDH, *Bueno-Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C N.º 164, párr. 79 (“la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.”); Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párr. 120.

28. CCT, art. 4; CIPST, art. 6 (2).

29. CCT, arts. 12-13; CIPST, art. 8.

30. CCT, art. 14; CIPST, art. 9.

31. CCT, art. 15; CIPST, art. 10.

32. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008), párr. 11.

33. *Ibid.*, párr. 9.

34. Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de septiembre de 2006, Serie C N.º 153, párr. 92.

35. *Ídem*; Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008), párr. 9.

36. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 3* (CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012), párr. 40.

37. TEDH, *Mocanu y otros v. Rumania*, Aplicaciones N.º 10865/09, 45886/07 y 32431/08, 17 de septiembre de 2014, párr. 326 (traducción libre).

38. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párr. 191.

39. Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de octubre de 2008, Serie C N.º 187, párr. 92.

40. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párr. 191.

41. Corte IDH, *Heliodoro-Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C N.º 186, párr. 144.

42. *Ídem*.

43. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párr. 191.

44. *Ibid.*, párr. 194.

45. Corte IDH, *Bueno-Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C N.º 164, párr. 111.

46. Corte IDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de septiembre de 2005, Serie C N.º 132, párrs. 100, 110; Corte IDH, *Cabrera García y Montiel-Flores vs. México*, Objeción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre 26, 2010 Serie C N.º 220, párr. 215.

47. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 3* (CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012), párr. 25.

48. Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de octubre de 2008, Serie C N.º 187, párr. 92.

49. La mayoría de los países en los que no se ha tipificado como delito la tortura se pueden encontrar en regiones de habla inglesa del Caribe: Bahamas, Barbados, Cuba, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago. Sin embargo, estos países tienen

disposiciones que prohíben el uso de la tortura en sus constituciones. Ver Association for the Prevention of Torture (APT), *op. cit.*, Anexo 2, p. 25.

50. Este capítulo se centra exclusivamente en las vías *penales* nacionales para perseguir casos de tortura. Sin embargo, otros recursos pueden estar disponibles en el marco legal nacional para perseguir actos de tortura y obtener reparación. Por ejemplo, cuando la prohibición de la tortura está consagrada en la Constitución, peticiones constitucionales pueden presentarse en casos de violación del derecho a no ser sometido a tortura. Los reclamos civiles y las quejas ante los mecanismos disciplinarios y de supervisión también constituyen posibles alternativas para obtener recursos internos. En este sentido, aunque con referencia a África oriental y Medio Oriente, vea REDRESS, *Litigating Torture and Ill-treatment in East Africa: A Manual for Practitioners* (1 de noviembre de 2016, disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/12/1611East-Africa-Manual-1.pdf>) y REDRESS, *Litigating Torture and Ill-Treatment in the Middle East & North Africa: A Practitioners Manual* (1 de noviembre de 2016, disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/12/1611MenaManual-withCover.pdf>, consultado el 30 de agosto de 2018).

51. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párr. 108.

52. La Ley Número 439 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Tortura en el Estado de Guerrero fue promulgada el 28 de enero de 2014: [http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/613/%EF%83%96LEY%20NO.%20439%20PARA%20PREVENIR,%20SANCIONAR%20Y%20ERRADICAR%20LA%20TORTURA%20\(15-ENE-14\).pdf](http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/613/%EF%83%96LEY%20NO.%20439%20PARA%20PREVENIR,%20SANCIONAR%20Y%20ERRADICAR%20LA%20TORTURA%20(15-ENE-14).pdf), consultado el 30 de agosto de 2018.

53. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C N.º 215, párrs. 116, 161, 190-198.

54. *Ibid.*, párr. 128.

55. *Ibid.*, párr. 202. Ver también, párrs. 185-186, para un resumen de los argumentos de la CIDH y de los representantes de las víctimas a este respecto. Los representantes de la víctima, en particular, impugnaron la decisión de las autoridades de no investigar los hechos como tortura, teniendo en cuenta las particularidades del caso y las normas internacionales para la investigación de ese crimen.

56. *Ibid.*, párr. 202.

57. *Ídem.*

58. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012)* (CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero 2013), párr. 7; Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párrs. 107-108.

59. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 21.

60. Azul Rojas Marín vs. Perú, Observaciones adicionales sobre el fondo, marzo de 2015, párrs. 77-87 (disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/11/luis-alberto-rojas-observaciones-adicionales-final-fondo.pdf>, consultado el 30 de agosto de 2018).

61. Visite <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982NdeRes.pdf> (consultado el 18 de marzo de 2019). Para obtener más información sobre este caso consulte, <https://redress.org/casework/azul-rojas-marin-formerly-luis-alberto-rojas-marin/> (consultado el 26 de agosto de 2018).

62. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008), párr. 9.

63. Corte IDH, *Bueno-Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C N.º 164, párr. 83; TEDH, *Selmouni vs. France*, solicitud N.º 25803/94, 28 de julio de 1999, párr. 100; TEDH, *El-Masri vs. La ex República Yugoslava de Macedonia*, solicitud N.º 39630/09, 13 de diciembre de 2012, párr. 196 (que establece que la evaluación de la gravedad del tratamiento “depende del conjunto de los datos de la causa, concretamente de la duración del trato y de sus efectos físicos y mentales, así como, en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”).

64. Corte IDH, *Bueno-Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C N.º 164, párr. 83.

65. *Ídem.* Ver también, Corte IDH, *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2015, Serie C N.º 308, párrs. 60-63, 129.

66. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 114. Ver también Nataly Herrera y Tom Pegram, *op. cit.*

67. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 114.

68. *Ídem.*

69. Queja Contra Disposición Fiscal de No Ha Lugar la Solicitud de Variación del Tipo Penal, para. 3, p. 4, 31 de enero de 2013.

70. Solicitud de variación del tipo penal por el delito de tortura, para. 30, p. 12, 27 de noviembre de 2012.

71. CCT, arts. 12-13; CIPST, art. 8.

72. TEDH, *Mocanu y otros vs. Rumania*, Aplicaciones no. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, 17 de septiembre de 2014, párr. 322 (“[...] cualquier deficiencia en la investigación que menoscabe su capacidad para establecer las circunstancias del caso o la persona responsable se arriesgará a infringir el estándar de efectividad requerido” [traducción libre]).

73. CCT, art. 15; CIPST, art. 10.

74. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 3* (CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012), párr. 25.

75. Corte IDH, *Bueno-Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C N.º 164, párr. 111.

76. CIDH, Informe N.º 15/16, Petición 1171-09, Acuerdo Amistoso, *Ananías Laparra Martínez y Familia vs. México*, 14 de abril de 2016, párr. 45.

77. Alejandra Gonza, *Caso Ananías: Tortura e inmediatez procesal. Un callejón con salida a la injusticia*, 20 de febrero de 2012 (“[e]l hecho es que actualmente, con base en el principio de inmediatez procesal todavía se sigue permitiendo y ratificando la tortura y coacción, legitimando la prueba obtenida con ella. Este principio, mal aplicado, se transforma en la idiotéz procesal de dotar a aquella confesión coaccionada y a la prueba fabricada en dos días de golpes y abuso de poder, de valor de sentencia irrefutable, de condena de por vida, imposible de revertir ya en el ámbito judicial”), disponible en <http://cmdpdh.org/2012/02/caso-ananias-tortura-e-inmediatez-procesal-un-callejon-con-salida-a-la-injusticia/>, consultado el 1 de septiembre de 2018. Véase también Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Doble injusticia, Informe sobre las violaciones de los derechos humanos en la investigación del caso Ayotzinapa* (15 de marzo de 2018), párrs. 101-103, 142-144.

78. CIDH, Informe N.º 15/16, Petición 1171-09, Acuerdo Amistoso, *Ananías Laparra Martínez y Familia vs. México*, 14 de abril de 2016, párr. 2.

79. *Ibid.*, cláusula IX.2.
80. *Ibid.*, párr. 45.
81. CIDH, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 308.
82. *Ibid.*, párrs. 308-309.
83. *Informe de seguimiento del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/34/54/Add.4, 17 de febrero de 2017)*, párr. 47.
84. *Ibid.*, párr. 48.
85. Más información sobre el programa de prevención de tortura y creación de capacidad de IBAHRI para jueces, fiscales y defensores públicos mexicanos está disponible en <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=6ed9ace3-2fa3-4297-9653-2c75eb6c55ee> Consultado el 1 de septiembre de 2018.
86. *Azul Rojas Marín v. Perú*, presentaciones adicionales (16 de marzo de 2016, disponible en <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/11/doc-peticionarios-luis-alberto-rojas-v.-peru-final-16-03-2016-4.pdf>, consultado 1 de septiembre de 2018), párr. 62.
87. *Ibid.*, párrs. 63-64.
88. *Ídem.*
89. *Ibid.*, párr. 66.
90. Ver Argumentos de la Comisión en Corte IDH, *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2015, Serie C N.º 308, párr. 210.
91. *Ídem* “[l]a Comisión [...] [a]rgumentó que existe una práctica generalizada en las Américas de recurrir a tipos penales menores en casos que deberían ser calificados como tortura, minimizando así la gravedad del crimen. La Comisión explicó que esto tiene impacto en la posibilidad de sancionar e investigar adecuadamente el delito y que facilita la aplicación de figuras tales como la prescripción y, como consecuencia, la impunidad”.
92. CIDH, *Situación de los derechos humanos en México* (OEA / Ser.L / V / II., Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015), párr. 307; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013)* (CCPR/C/PER/CO/5, 29 de abril de 2013), párr. 19 (“[e]l Comité observa con preocupación que sigue habiendo denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado y que los actos de tortura se investigan a veces como otros delitos, por ejemplo el de lesiones”).
93. TEDH, *Cestaro v. Italy*, solicitud N.º 6884/11, 7 de abril de 2015, párr. 209 (traducción libre).
94. Comité contra la Tortura, *Observación general N.º 2* (CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008), párr. 11.
95. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptadas por el Comité en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012)* (CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre 2012), párr. 8.
96. *Ídem.*
97. Ley general para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, publicada el 26 de junio de 2017, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPIST\\_260617.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPIST_260617.pdf), consultado el 1 de septiembre de 2018. Véase también Comité contra la Tortura, *Séptimo informe periódico que México debía presentar en 2016 en virtud del artículo 19 de la Convención* (CAT/C/MEX/7, 6 de febrero de 2018), párrs. 1-2.
98. Decreto Legislativo N.º 1351, publicado en el Boletín Oficial *El Peruano* el 7 de enero de 2017 (disponible en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-penal-a-fin-de-fo-decreto-legislativo-n-1351-1471551-3/>, consultado el 1 de septiembre de 2018). Véase también Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes*, Séptimos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2016, Perú (CAT/C/PER/7, 18 de julio de 2017), párrs. 5-13.
99. *Informe de seguimiento del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - México* (A/HRC/34/54/Add.4, 17 de febrero de 2017), párr. 36 (español únicamente).
100. Comité contra la Tortura, *Ramírez Martínez et al. v. México*, Comunicación N.º 500/2012, CAT/C/55/D/500/2012, 14 de octubre de 2015, párrs. 17(3), 18.
101. *Ibid.*, párr. 19.
102. *Informe de seguimiento del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - México: comentarios del Estado* (A/HRC/34/54/Add.5, 17 de febrero de 2017), párrs. 19-20.
103. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012)* (CAT/C/PER/CO/5-6, 21 de enero 2013), párr. 23; Comité contra la Tortura, *Lista de cuestiones previa a la presentación del séptimo informe periódico del Perú, que debe presentarse en 2016* (CAT/C/PER/QPR/7, 16 de junio de 2014), párr. 21; Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes*, Séptimos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2016, Perú (CAT/C/PER/7, 18 de julio de 2017), párr. 135.
104. En este sentido, en el período 2011-2016 se han llevado a cabo en México un mayor número de actividades de capacitación para funcionarios públicos que se centran en la prevención de la tortura y el uso del Protocolo de Estambul, entre otras cuestiones. Además, México recientemente adoptó un protocolo para guiar a los agentes de policía, fiscales y otros en cada etapa de una investigación de tortura con el fin de garantizar la efectividad y exhaustividad de la misma. Ver Comité contra la Tortura, *Séptimo informe periódico que México debía presentar en 2016 en virtud del artículo 19 de la Convención* (CAT/C/MEX/7, 6 de febrero de 2018), párrs. 55-73 y 110-114.

capítulo



**RESPONSABILIZACIÓN LEGALIZADA<sup>1</sup>  
Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA EN  
LA CONCIENCIA JURÍDICA DE  
ACTIVISTAS BRASILEÑOS**

**Fabio** de Sa e Silva<sup>2</sup>

<sup>2</sup>Profesor asistente de Estudios Internacionales y profesor Wick Cary de Estudios Brasileños en la University of Oklahoma, EE.UU. Se desempeñó como consultor del IBAHRI para Brasil. El autor agradece a los entrevistados por la colaboración en este proyecto, así como a sus coeditores en este volumen por sus valiosos comentarios a las versiones anteriores. Las fallas o imprecisiones restantes, sin embargo, son de su propia responsabilidad. E-mail: fabio.desaesilva@ou.edu.

Capítulo original en inglés; traducción de Heidi Abuchaibe Abuchaibe. Docente investigador. Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales. CIPE. Universidad del Externado de Colombia.

## RESUMEN

Los intentos de la comunidad internacional de eliminar las prácticas de tortura se remontan hasta el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Una de las principales facetas de estos intentos es el uso de la llamada responsabilización legalizada, o sea, la definición de tortura como un comportamiento ilícito y la movilización de los cuerpos encargados de imponer el cumplimiento de la ley, las oficinas de la fiscalía y los tribunales nacionales e internacionales para reunir pruebas, procesar y, finalmente, condenar a los perpetradores de tortura. Este capítulo somete esta rica historia de elaboración e implementación legislativa y de políticas públicas al nivel global a un examen menos habitual pero no menos importante. Basado en un enfoque constitutivo en los estudios de derecho y sociedad, y utilizando relatos de activistas brasileños, este capítulo analiza el lugar y el significado de la responsabilización legalizada en la lucha diaria contra la tortura. Con ello, establece un puente entre la esfera internacional de elaboración de normas contra la tortura y los contextos en los que se implementan esas normas, bajo la mediación de lo que la gente piensa y hace respecto a la ley.

**Palabras claves:** Tortura — Activismo — Responsabilización legalizada — Brasil

## ABSTRACT

Attempts by the international community to eliminate torture practices date back as far as the immediate aftermath of World War II. One of the primary facets of these attempts is the use of so-called legalised accountability, that is, the definition of torture as an illicit behaviour and the mobilisation of law enforcement agencies, prosecutorial offices, and national and international courts to gather evidence, prosecute and eventually convict torture perpetrators. This chapter subjects this rich history of global law and policymaking and implementation to a less usual but no less important examination. Based on a constitutive approach to law and society research, and drawing from accounts from Brazilian anti-torture activists, this chapter looks at the place and meaning of legalised accountability in the everyday fight against torture. In doing so, it bridges between the sphere of international anti-torture law-making and the contexts in which anti-torture laws are implemented, mediated by what people think and do with regards to the law.

**Key words:** Torture — Activism — Legalised accountability — Brazil.

# 1 INTRODUCCIÓN

Junto con el genocidio, el *apartheid* y la esclavitud, la tortura constituye una de las preocupaciones más antiguas del derecho internacional de los derechos humanos. Los intentos de la comunidad internacional para eliminar las prácticas de tortura se remontan a las consecuencias inmediatas de la Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>. Una de las facetas principales de estos intentos es el uso de la llamada responsabilización legalizada, es decir, la definición de tortura como un comportamiento ilícito y la movilización de los cuerpos encargados de imponer el cumplimiento de la ley, las oficinas de la fiscalía y los tribunales nacionales e internacionales para reunir pruebas, procesar y, finalmente, condenar a los perpetradores de tortura (agentes estatales, generalmente funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, según la definición de tortura en el derecho internacional)<sup>4</sup>. Se presume que, al responsabilizar legalmente a tales perpetradores, los países alrededor del mundo gradualmente disuadirían y evitarían las prácticas de tortura: “Acabar con la impunidad de los torturadores es crucial, junto con la provisión de reparación a las víctimas de la tortura”<sup>5</sup>.

Esta agenda ha reunido a una variedad de movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil y expertos, cuyo trabajo ha dado lugar a algunos cambios notables en la ley, las políticas y las instituciones de gobernanza global y regional a lo largo del tiempo y a través de las fronteras jurisdiccionales<sup>6</sup>. Cabe destacar en particular la adopción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles (por su sigla en inglés, UNCAT) en 1984, que reafirmó la prohibición de la tortura en virtud del derecho consuetudinario y buscó medios para hacer más efectiva dicha prohibición. Estos medios incluían adoptar una definición internacional de tortura y, por cierto, la obligación explícita para los Estados de hacer que la tortura sea un delito de conformidad con sus leyes nacionales codificadas y someter a los perpetradores de tortura al principio de la jurisdicción universal<sup>7</sup>. Desde que se adoptó la UNCAT, varias organizaciones internacionales y ONGS han invertido mucho en asistencia a las naciones en desarrollo para que mejoren su capacidad de promover tal responsabilización legalizada en casos de tortura.

Este capítulo somete esta rica historia de elaboración e implementación legislativa y de políticas públicas al nivel global a un examen menos habitual pero no menos importante. Basado en un enfoque constitutivo en los estudios de derecho y sociedad, y utilizando relatos de activistas brasileños, se analiza el lugar y el significado de la responsabilización legalizada en la lucha diaria contra la tortura. Con ello, se establece un puente entre la esfera internacional de elaboración de normas contra la tortura y los contextos en los que se implementan esas normas, bajo la mediación de lo que la gente piensa y hace respecto a la ley.

El capítulo procede en cuatro secciones adicionales. La sección 2 revisa estudios previos sobre la efectividad de la prohibición legal de la tortura y presenta las premisas teóricas que guían este capítulo, es decir, el enfoque constitutivo de la investigación sobre el derecho y la sociedad, con un énfasis particular en los estudios de conciencia jurídica. La sección 3 aborda los métodos utilizados en la investigación empírica. La sección 4 presenta los hallazgos del autor, y la sección 5 presenta conclusiones e implicaciones.

## 2 EVALUANDO LEYES, PRÁCTICAS Y RESPONSABILIZACIÓN LEGALIZADA EN LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

Si bien se han promulgado leyes y políticas para castigar la práctica de la tortura en todo el mundo, hay pocos estudios que tratan de describir y explicar sus efectos o, en otras palabras, si “funcionan” o no. El más reciente y sistemático de estos estudios fue el dirigido por Carver y Handley<sup>8</sup>, en el cual participaron otros veintiséis investigadores. Este estudio incluyó una comparación de dieciséis países durante un período de treinta años, combinando el análisis cuantitativo de diferentes medidas preventivas con descripciones cualitativas de los países.

Carver, Handley y sus colaboradores reconocen la importancia de factores políticos y ambientales en la efectiva prevención de la tortura, pero se centran en “un nivel inferior” a aquellos<sup>9</sup>. Analizan diferentes tipos de medidas preventivas —detención, procesamiento, denuncias y control— en sus formas promulgadas formalmente (leyes) e implementadas (prácticas). Su conclusión es que la “criminalización e investigación efectiva de supuestos actos de tortura”<sup>10</sup>

no solo “funciona” pero es el segundo tipo más importante entre tales medidas preventivas<sup>11</sup>. Carver y Handley notan que existe una larga brecha entre la ley y la práctica en esta área, con “proporcionalmente menos enjuiciamientos, menos condenas y menores sanciones por tortura que por delitos similares”, pero empíricamente encuentran que “cuando los torturadores son al menos algo sistemáticamente procesados, el riesgo de tortura cae”<sup>12</sup>. También concluyen que la capacitación, en especial cuando orientada al desarrollo de habilidades, es un factor que interviene con relativa importancia para explicar la efectividad de la responsabilización legalizada. Desde una perspectiva de política pública, estos hallazgos alientan los esfuerzos locales y transnacionales para redactar nuevas leyes y capacitar a abogados, jueces y fiscales sobre la mejor manera de implementar dichas leyes.

Tal como muchos de sus predecesores<sup>13</sup>, Carver y Handley parecen adoptar un enfoque *instrumental* de la relación entre derecho y sociedad<sup>14</sup>. Empiezan con el supuesto de que la ley es una herramienta para cambiar la realidad; identifican las brechas entre la ley tal como se estipula en los libros y como se desarrolla en la práctica, y buscan explicar y, finalmente, proponer soluciones para reducir tales brechas. Este capítulo, a su vez, sigue lo que los estudios de derecho y sociedad han denominado un enfoque *constitutivo*.

El enfoque constitutivo se desarrolló inicialmente como parte de los esfuerzos para abordar las brechas entre la ley en los libros y la ley en acción y las formas en que la ley no cumple su promesa de impartir justicia. Influidos, sin embargo, por un giro cultural o interpretativo más amplio en las ciencias sociales y las humanidades, los académicos comenzaron a examinar estas lagunas teniendo en cuenta lo que la ley representaba para las personas, es decir, el significado que la gente daba a la ley en su vida diaria y lo que la aplicación de la ley o la falta de esta significaba para ellos<sup>15</sup>.

Lo que siguió es una gran cantidad de estudios sobre *la conciencia jurídica*<sup>16</sup>. En términos generales, estos estudios han ofrecido tres tipos de contribuciones originales para la comprensión del derecho en la sociedad. Primero, han permitido una documentación densa de diferentes formas en que las personas realmente experimentan las normas legales. En segundo lugar, han invitado a explicar las fuerzas sociales que dan forma a esas experiencias socio-legales

distintas. Finalmente, han abierto la puerta a las explicaciones sobre cómo, a través de nuestras experiencias individuales y acumulativas, nosotros, el pueblo, nos convertimos en participantes en la construcción de la legalidad, ayudando a mantener un Estado de derecho que a menudo admitimos que es imperfecto, y sirviendo “tanto como autores y víctimas de nuestra historia colectiva”<sup>17</sup>.

Sobre la base de este proyecto intelectual, este capítulo investiga el lugar y el significado que tiene la ley, en forma de responsabilización legalizada, en la vida cotidiana de los activistas contra la tortura. En otras palabras, abre la pregunta de qué significa para estos activistas movilizar la ley y buscar la responsabilización de perpetradores de tortura en sus esfuerzos para prevenir y reducir las prácticas de tortura. ¿Atribuyen a la responsabilización legalizada alguna prioridad en esas luchas? Si es así, ¿bajo qué condiciones y con qué intención? Si no, ¿por qué razones?

Tal investigación revela que los activistas brasileños contra la tortura comparten una conciencia jurídica compleja y contradictoria. Por un lado, tienen un gran escepticismo sobre lo que la movilización de la ley y el uso de la responsabilización penal contra los torturadores pueden agregar a la prevención de la tortura. Por otro, se basan tanto en los fracasos como en los ideales de la responsabilización legalizada para perseguir cambios institucionales relevantes para la prevención de la tortura. A la luz de estos hallazgos, el capítulo sostiene que tanto la teoría como la práctica de la prevención de la tortura deben tomar más en serio los contextos socioculturales en los que se implementan diferentes medidas preventivas. Esto significa reconocer que el valor de las medidas legalistas no es evidente por sí mismo y que puede ser necesario explorar las interfaces entre prevención de la tortura y otras tareas de desarrollo institucional, especialmente en lugares donde el “estado de derecho” sigue siendo una construcción inacabada.

## 3 MÉTODOS

Consistente con el llamado giro cultural o interpretativo en las ciencias sociales y la intención de captar el significado de la responsabilización legalizada en las vidas de los activistas contra la tortura, la investigación empírica que informa

este capítulo fue principalmente cualitativa, enfatizando tres fuentes distintas. La primera abarca fuentes secundarias, incluyendo documentos e informes emitidos por el Gobierno brasileño, ONG brasileñas e internacionales y las organizaciones que forman el Sistema Brasileño de Lucha contra la Tortura y Prevención de la Tortura: un Mecanismo Nacional<sup>18</sup> y un Comité Nacional para la Prevención y Combate de la Tortura<sup>19</sup>, además de estudios académicos. La segunda y más relevante incluye una serie de entrevistas en profundidad con algunos de los principales activistas de la sociedad civil que luchan contra la tortura. La tercera consiste en la observación en reuniones y sesiones de capacitación a las que asistieron estos activistas, y a las que el autor tuvo acceso.

Se requería una estrategia especial para asegurar la validez de las entrevistas. Después de haber revisado la historia del activismo contra la tortura desde la dictadura civil-militar hasta mediados de la década de 2010, el autor determinó que el activismo contra la tortura se había institucionalizado en el Estado brasileño, y que organizaciones y activistas están movilizados en torno al mencionado Sistema para la Prevención y Combate de la Tortura. Aquellos en este sistema, como expertos en el Mecanismo Nacional o representantes de la sociedad civil en el Comité Nacional, formaron la muestra y se les enviaron invitaciones para participar en la investigación. La selección y las entrevistas tuvieron lugar entre enero y agosto de 2018.

La muestra incluyó treinta y cinco participantes potenciales<sup>20</sup>, de los cuales veinte fueron entrevistados. La lista de los entrevistados, sin embargo, era lo suficientemente diversa en términos de raza, sexo, edad, estatus socioeconómico, ubicación geográfica y área de trabajo contra la tortura (prisiones, hospitales psiquiátricos, centros de corrección de menores, etc.) para garantizar el tipo de representatividad que se desea en la investigación cualitativa e interpretativa. A petición de algunos entrevistados, todas las respuestas fueron anónimas y tratadas de forma confidencial.

Las entrevistas duraron en promedio una hora. El guion tenía preguntas sobre las trayectorias y la experiencia de los entrevistados con el activismo contra la tortura y lo que, según su práctica, ha demostrado ser la forma más efectiva de combatir la tortura. También hubo una prueba específica sobre su trayectoria con la responsabilización jurídica. A los entrevistados se les hicieron preguntas tales

como si han realizado esfuerzos para lograr que los perpetradores de tortura sean investigados, procesados y castigados: por qué y por qué no; si han encontrado que esta sea una estrategia efectiva para la prevención de la tortura: por qué y por qué no, y cómo compararían el uso de la responsabilización legalizada con otras estrategias de prevención de la tortura. Siempre que fue posible y apropiado, se les pidió que ilustraran sus afirmaciones o puntos de vista usando historias de su activismo cotidiano. Siguiendo a Ewick y Silbey<sup>21</sup>, las respuestas se codificaron y organizaron en un esquema más amplio, con el objetivo de representar cómo el movimiento contra la tortura brasileño se relaciona con la responsabilización legalizada. Dicho esquema se reporta con mayor detalle en lo que sigue.

## 4 LA CONCIENCIA JURÍDICA DE LOS ACTIVISTAS BRASILEÑOS CONTRA LA TORTURA: CON LA LEY-FUERA DE LA LEY<sup>22</sup>

El esquema con la ley-fuera de la ley<sup>23</sup>, sintetiza la conciencia jurídica encontrada entre los activistas brasileños contra la tortura. Con la ley-fuera de la ley implica una experiencia compleja y contradictoria. Por un lado, los activistas consideran que la tortura es un problema demasiado complejo para que leyes penales estructuralmente limitadas y la mal equipada profesión legal de Brasil puedan enfrentarlo y prevenirlo de manera efectiva. Por el otro lado, se basan tanto en los fracasos como en los ideales de la responsabilización legalizada para perseguir cambios institucionales relevantes para la prevención de la tortura.

### Fuera de la ley

Es más fácil y heurísticamente más adecuado comprender el esquema “con la ley—fuera de la ley” al revés, es decir, comenzando desde “fuera de la ley”. Entre la gran mayoría de los entrevistados, hubo una sensación ampliamente compartida de que no vale la pena participar en el “juego” de la responsabilización legalizada—como lo describieron Ewick y Silbey<sup>24</sup>—; una sensación que informa una relativa separación de la ley y de una renuencia, por su parte, a considerar la

criminalización y punición de la tortura como una herramienta prioritaria en sus esfuerzos de prevenirla. Por ejemplo, cuando ENT-3 estaba respondiendo a preguntas sobre la función que la investigación y el castigo de los torturadores pueden cumplir en sus esfuerzos de prevenir la tortura, dijo que ella no cree “que el castigo pueda cumplir una función”. ENT-11 dijo que “la punición de los perpetradores tiene su importancia histórica, pero es algo que necesitamos interrogar de manera más crítica”. ENT-20 dijo: “No estamos en una posición de renunciar a ninguna táctica en particular, pero yo no apostaría todo por responsabilizar penalmente a los perpetradores”. De una u otra forma, estos y otros entrevistados se posicionan no dentro de la ley, sino fuera de la ley.

Este escepticismo se basa en tres premisas discursivas. La primera es que la tortura es un fenómeno complejo. La tortura refleja características más grandes y estructurales de la sociedad brasileña y, como tal, raras veces puede abordarse a través de juicios penales individualizados. La segunda es que la responsabilización legalizada en casos de tortura sufre de las limitaciones intrínsecas al derecho penal, incluyendo lo que los criminólogos críticos llaman su selectividad: los casos contra funcionarios estatales tienen menos probabilidad de éxito que aquellos contra perpetradores privados de tortura<sup>25</sup>; los casos tardan increíblemente largos tiempos para ser juzgados, y la punición tiende a afectar a los más vulnerables de la cadena que conduce a las prácticas de tortura. La tercera premisa es que, como regla general, los profesionales legales brasileños representan no a los facilitadores, sino a los obstáculos para que los activistas contra la tortura movilicen la ley y busquen de manera exitosa la responsabilización legalizada. Los jueces, los fiscales e incluso los defensores públicos, sostienen los entrevistados, no dan suficiente prioridad y atención a los casos de tortura y, a menudo, contribuyen a trivialización, naturalización e incluso legitimación de las prácticas de tortura.

### Es más complicado: la responsabilización legalizada como herramienta limitada para abordar un problema complejo

Los activistas entrevistados en esta investigación fueron unánimes y enfáticos en caracterizar la tortura como un fenómeno complejo. Por ejemplo, cuando se le

preguntó sobre cuál, en su trabajo, ha demostrado ser la herramienta más efectiva para combatir la tortura, ENT-2 dijo que “la tortura es un tema complejo; debe abordarse desde múltiples ángulos”. Enfrentando una pregunta similar, ENT-3 dijo que “No hay una respuesta o solución única para la tortura; es un tema amplio y complejo”. ENT-15 dijo que “la tortura es un problema complejo y multicausal”.

Las razones por las que los entrevistados invocaron tal complejidad varían, pero generalmente equivalen a lo que consideraron vínculos más profundos entre la tortura y la estructura social brasileña. Estos enlaces tienen un componente sincrónico y otro diacrónico. Frecuentemente, aparecen en medio de referencias a procesos históricos más amplios —desde el colonialismo y la esclavitud del siglo XVIII hasta los períodos recurrentes de autoritarismo en el siglo XX— que habrían ayudado a legitimación de la tortura en el tejido social brasileño. Por ejemplo, cuando se le preguntó a ENT-13 sobre su trayectoria personal y profesional y cómo se involucró en la prevención de la tortura, dijo que todo comenzó en su educación universitaria, cuando empezó a asistir a las conferencias, y que ella se sintió:

Conmovida por la naturalización de la violencia contra los niños y adolescentes, por la forma en que se les golpeaba, azotaba y ponía de rodillas sobre semillas de maíz, cómo todas estas formas de castigo físico y psicológico se utilizaban de forma tan natural como una forma de disciplinar a los niños. Y más tarde llegué a comprender que todo esto está enraizado en la esclavitud. Durante el siglo XX, comenzamos a pensar en estos temas utilizando otras referencias, pero en el fondo de la sociedad brasileña existe una tradición de violar la integridad de los cuerpos de otros para subordinar y ejercer poder sobre ellos. Esto se hace más visible en lugares como las cárceles y los centros de detención juvenil, pero es parte de nuestra vida cotidiana, de quienes somos.

Esos vínculos también aparecen en medio de referencias a tendencias más recientes en el derecho y las políticas públicas de la justicia penal que han conducido a un escenario de la encarcelación masiva y una versión local de la guerra contra las drogas. Así es que, en la discusión sobre la eficacia de las medidas de prevención de la tortura con ENT-2, ella dijo que “la encarcelación masiva es un problema; tenemos que encontrar maneras de desalojar”. ENT-4 afirmó: “la encarcelación masiva impide, en la práctica, que se garanticen los derechos. Nada va a funcionar

si seguimos encarcelando a tantas personas. Mi plan de emergencia para la tortura en estos días sería liberar a las personas de la cárcel y no encarcelar a más gente”.

Esta asociación discursiva entre la tortura y las características más estructurales de la sociedad brasileña tiene dos consecuencias prácticas para los problemas analizados en este capítulo. Primero, las expectativas de los entrevistados sobre la responsabilización legalizada se reducen significativamente. La estructura social se considera como propicia para la tortura, y la posibilidad de presentar demandas penales para abordar casos de tortura individualizados y para responsabilizar a los perpetradores no parece ser lo suficientemente alta como para hacer un cambio en esta situación. En su lugar, es más común que esa estructura social adversa venga a explicar por qué, por regla general, falla la responsabilización legalizada. Como, por ejemplo, ENT-12 lo expresó: “la impunidad es abrumadora, pero esto tiene raíces más profundas en nuestra historia. Desde la época colonial a través de las dictaduras militares hasta ahora, la tortura perdura como una práctica sin reprimenda. En todo el trabajo que he hecho, [ayudé] a algunas víctimas de tortura a cobrar los daños, pero nunca logré hacer a que los perpetradores de la tortura [...] fueran condenados penalmente”.

Segundo, los entrevistados tienden a preferir soluciones contra la tortura de mayor alcance, incluso si son más difíciles o requieren más tiempo que las demandas penales individuales. Debido a esto, los entrevistados estaban particularmente entusiasmados con la construcción de un nuevo marco institucional: el “sistema nacional para la prevención y combate de la tortura”. ENT-5 sostiene, y varios otros apoyan, que “debemos seguir apuntando a un sistema con mecanismos y comités preventivos que funcionen en cada estado brasileño, pero integrados en una red nacional, que comparta un sistema de información común e intercambie las mejores prácticas. Esto nos permitiría monitorear permanentemente las prisiones, estaciones de policía, etc., y ser más proactivos, en lugar de reactivos, en nuestras acciones”.

De manera similar, ENT-16 y otros agregan que la distribución de los fondos federales debe estar supeditada al desempeño de cada Estado en la política contra la tortura y al cumplimiento de las pautas federales, que, de hecho, es una de las alternativas discutidas por el Comité Nacional. ENT-17 agrega la importancia de la participación social, “que no es la única manera de garantizar

que temas más amplios como la encarcelación masiva y la discriminación puedan abordarse, pero es una forma de ello y, de hecho, debería significar hasta la misma inclusión de los presos y sus familias en la formulación de políticas”. ENT-12 es particularmente eficaz en el establecimiento de este repertorio y en la transmisión de las aspiraciones del cambio institucional que incorpora —uno que lleva a la mayor y más sistemática transparencia y supervisión—. En sus palabras:

El sistema nacional es el camino que seguir. Nos ha permitido integrar acciones locales, nacionales e incluso internacionales; por ejemplo, el mecanismo de prevención brasileño ha tenido intercambios con expertos de otros países de América Latina. Esta integración en una red es muy importante. Hemos avanzado mucho a nivel nacional; ahora deberíamos centrarnos en crear mecanismos y comités estatales. Además, la sociedad civil debe ser más empoderada.

Una solución aún más preferida entre los entrevistados consiste en intervenir en la opinión pública para cambiar así la atmósfera social propensa a la tortura. Como lo define ENT-10, “necesitamos construir alguna forma de contracultura para enfrentar esto, que siempre ha existido [...] Para lograr esto, debemos invertir en educación, conciencia y comunicación. Debemos encontrar maneras de afirmar que la vida en sí misma es importante, que no hay vidas que valgan menos”. De manera similar, ENT-6 afirma que “tenemos un largo camino por recorrer, porque el castigo es todo lo que le importa a la sociedad brasileña. Debemos encontrar formas de crear conciencia sobre lo que significa someter a las personas a la tortura [...] Y también debemos llevar a la sociedad completa a esta conversación; hay un componente pedagógico involucrado. Hay que promover campañas contra la tortura”. ENT-5 explica por su parte que

La prevención de la tortura es un asunto complicado, porque la tortura es un delito de oportunidad. Si aquellos que están en una posición en la que pueden cometer tortura sienten que no hay nada de malo en ello, que a nadie le importará o se escandalizará de que lo hagan, es más probable que lo hagan. Por eso debemos sensibilizar a la sociedad en general y luchar contra, por ejemplo, la naturalización de las prácticas de tortura. Sin embargo, si nos fijamos en las encuestas de

opinión pública, veremos que la tolerancia hacia la tortura está aumentando. E incluso los medios de comunicación parecen conspirar contra los derechos civiles y políticos básicos. ¡Tiene que haber una campaña permanente contra la tortura!

En este punto, uno podría preguntarse legítimamente: más vale algo que nada, ¿no? Si bien la responsabilización legalizada no puede atacar las profundas raíces de la tortura en la sociedad brasileña, ¿acaso no pueda proporcionar una respuesta a este problema y no deberían dar más valor a esta respuesta los activistas? Los entrevistados, sin embargo, tienen otras críticas sobre lo que la responsabilización legalizada puede y no puede lograr, como se detalla a continuación.

### **Pero si funciona ... ¿funcionará? Los límites del derecho penal como herramienta política**

El escepticismo hacia el uso de la responsabilización legalizada en los esfuerzos de prevención de la tortura también se basa en una evaluación negativa del sistema de justicia penal y en una resistencia a considerar que la tortura o cualquier otra enfermedad social se puede enfrentar a través del proceso penal. Una parte de esta resistencia tiene lugar en un nivel más personal, involucrando un conflicto casi moral experimentado por los entrevistados. Así es que, cuando se les preguntó sobre el papel que desempeña la responsabilidad penal en sus intentos de combatir la tortura, varios entrevistados responderían como lo hizo ENT-1, cuando dijo: “Es paradójico. Luchamos contra la encarcelación, pero al mismo tiempo pedimos la encarcelación y el castigo penal de los que violan los derechos”.

La razón detrás de este conflicto moral tan recurrente es que, en su activismo contra la tortura, todos los entrevistados llevan consigo una cierta cantidad de presunciones críticas, construidas a partir de las lecturas de Foucault<sup>26</sup>, los criminólogos críticos<sup>27</sup> y los abolicionistas penales<sup>28</sup>, que se oponen profundamente a que se utilice el derecho penal para enfrentar la tortura o cualquier otro problema de política pública. Por ejemplo, ENT-3, citada anteriormente, la que dijo que no cree “que el castigo de los torturadores pueda cumplir una función”, más tarde fundamentó su respuesta en su formación y su trabajo académicos, todos los cuales estaban marcados por un enfoque altamente deconstructivo del

sistema penitenciario. “Soy una abolicionista”, dijo en algún punto. “Estoy de acuerdo en que debemos encontrar herramientas mejores y más efectivas para la responsabilización contra la tortura, pero no creo que estas deban seguir las líneas de la venganza”, concluyó.

Aun así, otra parte de la resistencia estaba vinculada a una experiencia real con el sistema de justicia penal y la consiguiente comprensión de las muchas deficiencias que tiene para evitar la tortura. Algunos entrevistados, por ejemplo, observaron que el sistema funciona demasiado lento para que sus decisiones tengan algún efecto pedagógico en las prácticas sistémicas de tortura. ENT-5 dijo que “hay casos en los que tenemos pruebas lo suficientemente sólidas para acusar y conseguimos que alguien sea suspendido de sus deberes en una institución correccional, pero el caso judicial toma mucho tiempo para ser procesado, y la persona está de vuelta a sus deberes. ¿Ven qué tan compleja puede ser la responsabilización contra la tortura?”. ENT-9 se ha hecho eco de esto al decir: “Debemos estar conscientes de los límites del sistema de justicia penal [...] de dónde viene el castigo, a dónde va, y cuáles son sus límites. Si todo sale bien, alguien será condenado penalmente dentro de varios años, y [...] ese juicio [no necesariamente] tendrá algún efecto pedagógico en otros que habitualmente cometen tortura”.

Sin embargo, la observación más común de todas se refirió a lo que los criminólogos críticos llaman la selectividad del sistema de justicia penal, es decir, el hecho de que el sistema opera con un bias intrínseco en contra de aquellos que son más vulnerables en la sociedad —un patrón repetidamente notado por los entrevistados en las investigaciones contra la tortura y procesamientos que siguen—. Como lo define ENT-19, en respuesta a la pregunta sobre la función de la responsabilidad penal en sus esfuerzos de prevención de la tortura:

El tema de la responsabilidad penal es complicado. Tengo claridad acerca de las contradicciones involucradas en su pregunta y de que carecemos de los elementos para abordarla adecuadamente. Estamos en el proceso de crear mecanismos simbólicos para hacer que la tortura sea visible y no trivializada, pero debemos tener cuidado de no reproducir la lógica del sistema de justicia penal, que se dirige a los más vulnerables en la sociedad, a los de la clase baja.

Simultáneamente, ENT-7 señaló:

La agenda moderna de prevención de la tortura en Brasil debe mucho a la visita y el informe de *sir* Nigel Rodley. Él sostiene que la tortura es un delito de oportunidad. Si se aumentan la transparencia y la responsabilización, y se escriben protocolos con estándares para las actividades de aplicación de la ley, se reduce la tortura. Eso puede funcionar bien en Inglaterra o en Escandinavia, pero en nuestro caso creo que hay estructuras más grandes que necesitamos cambiar de antemano. He estado trabajando para reducir las tasas de encarcelación; la responsabilización criminal de los perpetradores de tortura me plantea un dilema personal. Porque cuando miras [las] cosas más de cerca, las personas detenidas por tortura son los agentes de la ley pobres y negros. ¿Debería enviar a estas personas al mismo sistema penitenciario que estoy tratando de cambiar? Pocas personas son responsabilizadas por casos de tortura, y siempre es un hombre de la clase baja o un cuidador privado. Atrapar a estas personas, que de hecho se parecen mucho a la población carcelaria, y encarcelarlas no resolverá el problema.

ENT-14 se hizo eco de esto diciendo:

Tengo mis dudas en decir que la responsabilización significa la punición criminal. Creo que esto es demasiado perverso. El sistema insta a que el oficial de policía vaya a la favela, se involucre en la guerra y mate a alguien si es necesario. Entonces, cuando al final lo hace, ¿vamos a encarcelarlo y olvidarnos de la institución, de aquellos que le dan esas órdenes y producen el discurso que él obedece? [...] Es lo mismo cuando se trata de los funcionarios de las prisiones. Sus condiciones de trabajo son terribles, ellos también están encarcelados, cometen y sufren violencia, y tienen que tomar decisiones difíciles, a veces para cumplir órdenes superiores ambiguas y con poca claridad. Es un sistema que degrada a todos: degrada a los prisioneros, pero también degrada a los funcionarios de las prisiones.

Sin embargo, mientras que los entrevistados reconocen las limitaciones estructurales en el sistema de justicia penal que dificultan significativamente la capacidad de la responsabilización penal para prevenir la tortura, aquellos que operan el sistema de justicia penal, es decir, profesionales legales, emergen como objetivos de una línea especial de consideraciones críticas, según se informa a continuación.

## ¿Cómplices o agentes del cambio? El lugar incierto de la profesión legal brasileña en la prevención de la tortura

El campo legal se transformó profundamente durante la transición democrática brasileña en la década de 1980. El poder judicial recuperó su independencia, mientras que la Fiscalía fue reconfigurada de maneras que la hacen única al nivel mundial. Además de las tareas convencionales de enjuiciamiento penal, los fiscales brasileños adquirieron la prerrogativa de iniciar investigaciones y presentar demandas civiles en defensa del interés público<sup>29</sup>. La constitución también estableció un derecho de acceso a la justicia en casos tanto penales como civiles, que debe cumplir una Oficina de Defensoría Pública financiada con fondos públicos<sup>30</sup>.

En Brasil y en el extranjero, muchos han esperado que esta profesión legal renovada asuma el desafío de combatir la tortura. La legislación posterior a la constitución ha colocado a los profesionales del derecho en el centro del trabajo contra la tortura. Por ejemplo, los jueces y los fiscales tienen el deber de vigilar las cárceles y los centros de corrección de menores y de iniciar procedimientos disciplinarios, así como investigaciones criminales y juicios, si se encuentran con casos de tortura perpetrada<sup>31</sup>. Además, como se mencionó anteriormente, la creación de capacidades en el campo legal ha sido un sello distintivo de los programas internacionales de asistencia para el desarrollo, lo que ha llevado a la producción de materiales y a la capacitación de profesionales para hacer cumplir las normas que Brasil ha adoptado localmente o que han sido suscritas a nivel internacional<sup>32</sup>.

Sin embargo, la experiencia de los entrevistados con profesionales legales es más decepcionante. Como lo indica ENT-20:

Los jueces y los fiscales no investigan los casos de tortura. La mayoría de los fiscales que supervisan la implementación de sentencias consideran a los prisioneros como sus adversarios en un caso criminal sin fin, aunque su deber es garantizar que las sentencias se cumplan de conformidad con la ley. De hecho, parece que tanto el ejecutivo como el Sistema de Justicia están estrechamente unidos detrás de la bandera de proteger a la sociedad [de los delincuentes].

Para muchos entrevistados, esta situación fue una sorpresa. Esperaban encontrar jueces y fiscales que representaran el cambio de la transición democrática brasileña, pero se sintieron decepcionados al ver que aparentemente había más continuidad que cambio. ENT-7 dijo que “antes de comenzar a hacer este trabajo, tenía otra perspectiva. Pensé que todo lo que necesitábamos hacer era reducir la brecha entre las leyes internacionales y las prácticas locales, crear un mecanismo preventivo, seguir el Protocolo de Estambul, etc. Pero ahora entiendo que no iremos más lejos sin tener una conversación con jueces y fiscales”. En su conclusión, sin embargo, dijo que “No hay manera de tener tal conversación”. Ella agrega: “El fiscal [actuando en un estado determinado] trabajó para la dictadura militar. Dice que va a visitar la prisión todos los días y que no ve nada malo. Los jueces y los fiscales envían a las personas a la cárcel, cierran sus ojos ante lo que está sucediendo allí y no les importa para nada responsabilizar a los perpetradores”.

Las audiencias de custodia aparecen con bastante frecuencia como ejemplos de cómo los profesionales del derecho brasileños no han logrado aportar una contribución significativa a la prevención de la tortura. Esto es comprensible en muchos aspectos. Estas audiencias fueron establecidas por el poder judicial brasileño<sup>33</sup> que, desde 2015, ha requerido que la policía presente a los detenidos ante un juez dentro de las veinticuatro horas de la detención. En dicha audiencia, los jueces deberían: (1) determinar si el detenido debe esperar o no al juicio bajo custodia o si puede calificar para alternativas a la prisión preventiva (por ejemplo, libertad condicional), y (2) verificar si hay algún indicio de que el detenido ha sido sometido a tortura y, si lo hay, ordenar que comience la investigación correspondiente. Como tal, las audiencias de custodia han abierto la caja negra de la arbitrariedad judicial y procesal, en el derecho y la política de penal. Como lo ilustra ENT-14:

Yo he seguido estas audiencias de custodia desde que comenzaron [en su estado]. Al principio, los funcionarios judiciales directamente involucrados tenían una mentalidad más abierta, pero ya había mucha resistencia en el poder judicial y en la Fiscalía. En algún momento, hubo una tasa de liberación del 53% de los prisioneros, una vez que comparecieron ante el tribunal. Ahora, esa tasa es de alrededor del 20% o 25%. El liderazgo de la corte cambió, y los jueces a cargo de

las audiencias fueron reemplazados. Con respecto a la tortura en sí misma, lo que observé de primera mano y lo que leí en algunos estudios es que es generalmente aceptada. A menos que la evidencia sea demasiado ostensiva —el prisionero se presenta con un brazo roto— la tortura se naturaliza e incluso se justifica. Cuando la policía golpea a alguien en el pecho o le abofetea en la cara, eso se justifica como un parte necesario de su arresto. En las audiencias a las que asistí, siempre que el juez interrogaba a los prisioneros sobre estos hechos, había algunos codazos en el lugar. “¿Qué era? ¿Una bofetada? Oh, pero eso no es nada”. La tortura psicológica es completamente pasada por alto.

Se podría argumentar —y las organizaciones internacionales han compartido esta premisa— que los profesionales del derecho podrían cambiar su mentalidad si estuvieran debidamente expuestos a la información correcta, lo que podría suceder, por ejemplo, mediante la participación en programas de capacitación. No obstante, basándose en sus propias experiencias con los programas de capacitación, los entrevistados argumentan que su potencial de transformación es muy limitado. Como regla general, los jueces, los fiscales e incluso los defensores públicos tienden a resistir los mensajes que reciben en estas sesiones de capacitación. Por ejemplo, cuando ENT-3 hablaba acerca de su experiencia con la responsabilización legalizada y lo que le resulta problemático al involucrar a profesionales del derecho en la prevención de la tortura, notó que

Tuvimos un seminario con los jueces sobre la responsabilización en casos de tortura, y lo primero de que me di cuenta es que tenemos mucho trabajo por hacer. Ellos no participan en ninguna conversación seria sobre la tortura, ni siquiera aceptan que exista. Es un gran tabú, una negación constante. Dicen cosas como: “Sé cuándo un criminal miente, los miro y lo reconozco”.

En un sentido similar, ENT-1 dijo:

Hace un par de meses, un colega y yo fuimos invitados a enseñar en un curso que se ofrece a los jueces tras su admisión a la judicatura. Les dimos charlas sobre salud mental y seguridad en el sistema penitenciario, temas de este tipo. Nosotros hablamos, ellos no participaron mucho. Poco después me reuní con un funciona-

rio de la corte y le pregunté acerca de [su] evaluación del curso. Él dijo: “Me sorprendió: dijeron que esas conversaciones no tenían nada que ver con su trabajo como jueces”. Es decir, muchos de ellos serán asignados a supervisar las cárceles y las sentencias de prisión, y [ellos] no quieren tener nada que ver con lo que pasa durante la encarcelación. Hay una gran brecha entre su mundo y los problemas sociales fuera de este mundo.

La eficacia de los programas de capacitación en la prevención de la tortura (y el trabajo de derechos humanos en general) es ciertamente problemática. Como se mencionó anteriormente, Carver y Headley<sup>34</sup> encontraron que los programas que están más orientados a la práctica tienden a ser mucho más efectivos que los programas enfocados solamente en crear la conciencia y difundir la información conceptual. Los relatos de los entrevistados, sin embargo, señalaron a una barrera más profunda: la falta de empatía hacia las víctimas de la tortura, lo que, para muchos, refleja la brecha socioeconómica que separa a los profesionales del derecho del resto de la población brasileña. En palabras de ENT-12, “los profesionales del derecho que deben supervisar el sistema penitenciario comparten algunos atributos comunes de clase, raza y género y, con base en estos, no pueden dar sentido a la tortura. A menos que alguien esté sangrando frente a ellos, no reconocerán la tortura”. ENT-8 agrega: “No hay empatía hacia las víctimas de la tortura por parte de los tribunales, la Oficina del Fiscal Público e incluso la Oficina del Defensor Público. ¿Cómo puede alguien que ni se acercó al lodo sentir empatía hacia los que tienen los pies cubiertos de lodo?”.

La solución propuesta por los entrevistados indica una vez más una aspiración reformista. Les gustaría reconfigurar la profesión, comenzando con los nuevos estándares de contratación. Por lo tanto, en continuación del informe sobre su frustración con un fiscal, ENT-7 contó una historia en la que:

Un funcionario de prisión fue asesinado, luego siete presos fueron golpeados y “desaparecieron”. Este fiscal ni siquiera inició una investigación; solo lo hizo después de que lo solicitáramos, pero él [no] hizo un seguimiento. Muchos de los reclusos entrevistados dijeron que tenían salir de sus celdas para citas médicas o audiencias judiciales, por temor a ser torturados, ¿y él dice que no ve ninguna tortura? También se supone que él debe supervisar las actividades policiales, pero no lo hará.

Ella concluyó: “Ya sabes, antes, tenía algo de fe en el sistema de justicia penal; ahora, creo que tiene que pasar por una reforma más estructural, que debe incluir, por ejemplo, reformación de la manera en que se reclutan estos jueces y fiscales”.

ENT-16 y otros estuvieron de acuerdo, vinieron de diferentes perspectivas y agregaron nuevos datos. Él dijo que:

Como regla general, los jueces no visitan a los prisioneros y, cuando van, no escuchan con la suficiente atención las historias que los prisioneros tienen que contar. Tengo innumerables ejemplos de qué insensibles pueden ser los jueces con las realidades de los presos. En Roraima, vi a jueces frente a presos que habían huido de Venezuela con sus familias, que vivían en la pobreza extrema, [quienes] cometieron pequeños robos para alimentar a sus familiares muriendo de hambre, y [que] recibieron fianzas astronómicas, que obviamente no podían pagar. En Mato Grosso do Sul, vi a los jueces frente a los prisioneros indígenas que llevaban su ropa ligera a esta fría sala de la corte y, debido a que se estaban congelando, su comunicación era monosilábica; a veces [hicieron] declaraciones que fueron tomadas como confesiones. Esto no es lo que los jueces deben hacer en estos casos. Deben solicitar un informe antropológico antes de tomar su decisión.

Luego concluyó: “Entonces, si queremos ser serios con la prevención de la tortura, debemos cambiar esto. Deberíamos comenzar por la forma en que se reclutan los jueces. El simple conocimiento legal estricto no es suficiente; deben tener un mayor sentido de la ética”.

Sin embargo, si bien los entrevistados tienen motivos para ser escépticos acerca de la responsabilización legalizada —consideran que el problema de la tortura es demasiado complejo y que los medios (el proceso legal penal) y los mediadores (la profesión legal) de la responsabilización legalizada son demasiado limitados—, esto no explica completamente su experiencia con la ley. A su manera, como se observa a continuación, las leyes contra la tortura son importantes y se suman a sus objetivos transformadores.

## Con la ley<sup>35</sup>

Aunque los entrevistados vean muchos problemas en el uso de la responsabilización legalizada como herramienta para la prevención de la tortura, esto no significa que las leyes contra la tortura no tengan ninguna función en su trabajo. Los activistas exploran tanto los fracasos como los ideales de la responsabilización legalizada para perseguir los cambios institucionales que consideran significativos y necesarios. A través de los fracasos, exponen problemas estructurales y la necesidad de reformas en las agencias de aplicación de la ley y de justicia penal; a través de los ideales, desafían los arreglos de saber-poder en esas agencias de manera consistente con sus aspiraciones reformistas.

## Pérdidas legales, empresas políticas

Dado que la mayoría de los entrevistados eran muy escépticos acerca de la responsabilización legalizada, uno podría asumir que, en sus encuentros con torturas sistémicas, no recurrirían a las investigaciones criminales ni a los juicios para obtener recursos. Ese, sin embargo, no es el caso. Incluso si ya perdieron la esperanza de que los perpetradores sean condenados, muchos entrevistados continúan presentando y haciendo seguimiento a las denuncias penales. En palabras de ENT-10, “no tenemos mucho éxito [con estas afirmaciones], pero seguimos haciéndolo [es decir, presentándolas]”.

Este enigma no es imposible de resolver. Si bien el curso de las investigaciones criminales y las demandas judiciales es decepcionante y frustrante, esto es lo que permite, por ejemplo, una crítica y confrontación más sólida de las agencias policiales y de la justicia penal —ambas insensibles—. Por lo tanto, ENT-10 dijo que, para atacar el problema cultural que afecta a los profesionales legales brasileños,

tenemos que seguir las reglas y procedimientos, el Estado de derecho. Tenemos que presentar una petición [...] Y debemos demostrar que el problema es [...] la falta de compromiso [de los tribunales y los organismos encargados de hacer cumplir la ley] y la falta de pruebas sólidas [para respaldar los casos que presentan]<sup>36</sup>.

Relatos de este tipo indican las formas originales y quizás irónicas en que la prohibición legal de la tortura puede contribuir al cambio. Los fracasos en la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los autores de torturas terminan siendo útiles para los activistas, en la medida en que proporcionan argumentos a favor de cambios más profundos en instituciones como el poder judicial<sup>37</sup>.

## Disputas profesionales y desafíos al saber-poder hegemónico

La tortura se permite por el poder experto que ciertos profesionales del servicio público tienen sobre los cuerpos de ciertos sujetos: los funcionarios de prisiones y los oficiales de policía tienen poder sobre los cuerpos de los prisioneros; los médicos tienen poder sobre los cuerpos de sus pacientes con enfermedades mentales, etc. Bajo ciertas condiciones, pueden exceder sus poderes, realizando acciones legalmente definidas como tortura.

No es sorprendente que la lucha contra la tortura implique con frecuencia intentos de controlar o contrapesar esas formas de poder. Por ejemplo, cuando el OPCAT ordena que los países establezcan mecanismos preventivos formados por expertos independientes con la prerrogativa de visitar las instalaciones y emitir recomendaciones, está facultando a los nuevos actores para que contribuyan a la gestión de prisiones, hospitales psiquiátricos, instalaciones de corrección de menores, etc. La esperanza es que esto modere el dominio de la policía y los funcionarios correccionales, médicos y enfermeras, etc., en estos contextos.

La prevención de la tortura en Brasil implica una disputa profesional similar pero más específica. Los actores son expertos forenses, por un lado, y oficiales de justicia penal y policiales, por el otro. La contribución de los expertos forenses en la prevención de la tortura es doble. Se aseguran de que las investigaciones policiales se lleven a cabo sobre una base técnica en lugar de infligir dolor y sufrimiento, es decir, el uso de la tortura, contra los sospechosos. También ayudan a determinar si el dolor y el sufrimiento se han infligido contra los sospechosos y otras personas bajo custodia del Estado, es decir, ayudan a investigar y probar el uso de la tortura en sí misma. El panorama de las investigaciones policiales en Brasil es, sin embargo, muy pesimista. ENT-8 incluso afirma que “no hay investigación [en el país]”, y lo explica en más detalle:

Los métodos de investigación son burdos y arcaicos. En varios estados, no hay una cadena de custodia, es decir, no hay procedimientos sistemáticos para recopilar y proteger pruebas [...] La mayoría de los casos se resuelven con testigos oculares y confesiones. El Protocolo de Estambul no se utiliza. Los testimonios son frágiles, a los testigos no se les brinda protección y no se recopilan más evidencias materiales para respaldar los testimonios, por lo que, cuando el caso va a juicio, es probable que los acusados sean absueltos. A lo sumo, serán condenados por asalto físico o mala conducta.

También dio un ejemplo instructivo recordando un caso de alto perfil que siguió: “Fue la policía que manipuló la escena del crimen. El experto forense tomó imprudentemente un sombrero que estaba en el suelo, lo sacudió ante todos los que estaban en la habitación y dijo: ‘Cómo me gustaría que este sombrero pudiera hablar’. Fue exasperante ver eso. Si hubiera algún fragmento de ADN en ese sombrero, [desapareció]”.

Este estado de cosas se asocia a menudo con la falta de recursos y capacitación. ENT-2 argumenta que —lo que no debería sorprender a nadie— “los servicios forenses no tienen equipo” y que sufren de la “falta de capacitación”. El personal forense, como ella lo pone, “no conoce el Protocolo de Estambul, y en los formularios estándar que usan no hay preguntas específicas sobre la tortura. Existen leyes y directrices disponibles en Brasil e internacionalmente, pero no se adoptan en todo el país”.

Con todo, el problema va más allá de la formación y el equipamiento. Se deben realizar importantes cambios institucionales en el sector de aplicación de la ley brasileña para que los servicios forenses funcionen correctamente. Las agencias de servicios forenses operan bajo la autoridad (directa o indirecta) de las fuerzas de seguridad pública (la policía, el sistema penitenciario y, en ocasiones, las instalaciones de corrección de menores). En la práctica, esto ha inhibido las investigaciones rigurosas e independientes en casos como la tortura, donde los funcionarios de seguridad pública son los que deben someterse a escrutinio. En palabras de ENT-3, “los servicios forenses están subordinados a la policía, y [ellos] nunca investigarán”.

La preocupación por servicios forenses más fuertes e independientes, por lo tanto, predomina entre los entrevistados. Sin embargo, aún más interesante resulta que esta preocupación afecta (y se ve afectada) por sus actitudes generales hacia la responsabilización legalizada. La falta de recursos y la independencia de los servicios forenses alimentan su escepticismo hacia la responsabilización legalizada, mientras que la necesidad —o, desde el punto de vista del derecho internacional, la obligación— del Estado brasileño de investigar y castigar a quienes perpetran la tortura alimenta la movilización para tener servicios forenses mejores y más independientes.

Así es que la ENT-10 citada anteriormente reiteró que “los perpetradores son absueltos porque no hay pruebas sólidas. Las investigaciones son defectuosas o están comprometidas, porque los servicios forenses están subordinados a las organizaciones de seguridad pública”. ENT-2 agregó que “Es imperativo que mejoremos nuestra capacidad para producir buena evidencia forense. Si a los jueces se les presenta mejor evidencia, las cosas pueden ser diferentes [...] Los jueces pueden resistirse, pero no pueden simplemente negarse a analizar la evidencia. Se les hace más difícil absolver a los perpetradores de tortura”. Más tarde, ella reiteró que “un tema que merece atención son los servicios forenses. ¿Por qué tenemos tan pocas condenas por actos de tortura en Brasil? Porque no hay evidencia. Es posible producir adecuada evidencia de tortura, pero los servicios forenses no tienen independencia. Están en manos de la policía”.

Los entrevistados no son los únicos que asumen una relación de refuerzo mutuo entre servicios forenses independientes y fuertes y una función más importante de la responsabilización legalizada en la prevención de la tortura. Un entendimiento similar aparece, por ejemplo, en el informe de la Conferencia Nacional sobre Seguridad Pública<sup>38</sup>, los informes del Mecanismo Nacional de Prevención Brasileño<sup>39</sup> del relator especial de la ONU sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>40</sup>, entre otros. No obstante, dado el escepticismo sobre la ley por parte de los entrevistados, este supuesto tiene el efecto especial de legitimar la responsabilización legalizada. Por un lado, porque asocia la responsabilización legalizada con los cambios institucionales con los cuales los entrevistados simpatizan y en los que incluso pueden tener un interés (es decir, la independencia de los servicios forenses de los organismos encargados

de hacer cumplir la ley)<sup>41</sup>. Por otra parte, porque ubica la responsabilización legalizada en un contexto nuevo y prometedor, aunque imaginario, en el que la justicia penal y las agencias policiales están marcadas por una configuración de saber-poder diferente y los entrevistados están más dispuestos a darle una oportunidad a la ley.

## 5 CONCLUSIONES E IMPLICACIONES

La definición de tortura como un delito en virtud de las leyes nacionales codificadas y la movilización de las agencias policiales y de justicia penal para investigar, procesar y sancionar a los perpetradores de tortura, es decir, la responsabilización legalizada, ha sido un sello distintivo de la ley y política pública de prevención de la tortura alrededor del mundo. Este capítulo somete esta rica historia de elaboración e implementación legislativa y de políticas públicas al nivel global a un examen menos usual, si no inusual. Basado en el llamado enfoque constitutivo en los estudios de derecho y sociedad y en los relatos de activistas brasileños contra la tortura, el capítulo explora el lugar y el significado de la responsabilización legalizada en la lucha diaria contra la tortura. ¿Los activistas confían en la responsabilización legalizada? En caso afirmativo, ¿en qué medida o en qué circunstancias? En caso negativo, ¿por qué no?

El análisis de los relatos de tales activistas condujo a un esquema titulado con la ley-fuera de la ley, que pretendía resumir la relación que tienen con la ley. Con la ley-fuera de la ley abarca una experiencia compleja y contradictoria. Por un lado, los entrevistados comparten un gran grado de escepticismo sobre la responsabilización legalizada. Consideran que el problema de la tortura es demasiado complejo para ser tratado a través de la ley y que los medios (el proceso legal penal) y los mediadores (la profesión legal) de la responsabilización legalizada son demasiado limitados para generar resultados preventivos sólidos. Por otro lado, se basan tanto en los fracasos como en los ideales de la responsabilización legalizada para buscar cambios institucionales que consideran significativos para la prevención de la tortura.

Estos hallazgos nos recuerdan que la responsabilización legalizada es, al fin y al cabo, una práctica social, y cualquier expectativa de que pueda desempeñar un papel positivo para frenar la tortura debe tener en cuenta lo que las personas piensan y hacen con respecto a la ley. En particular, los académicos y los responsables de la formulación de políticas no deben dar por sentada la legitimidad pública y la conveniencia de soluciones legalistas para el problema de la tortura, especialmente en lugares como Brasil, donde la gente todavía lucha por el establecimiento del “Estado de derecho”. De la misma manera, la teoría y la práctica de la prevención de la tortura no se pueden desenredar por completo de las fuerzas institucionales que rodean y que en última instancia conforman las actitudes de las personas hacia la ley. En términos prácticos, esto puede llevarlos a explorar las múltiples interfaces entre la prevención de la tortura y otras áreas de políticas públicas, como la justicia transicional, la reforma judicial y la igualdad racial.

Por supuesto, puede parecer paradójico que la agenda para la prevención de la tortura se vuelva más compleja y transformadora, en un momento marcado por señales de retroceso democrático en Brasil, donde el recién elegido presidente anhela el gobierno militar y “es favorable a la tortura”<sup>42</sup>, y en otras partes del mundo. Pero esa es otra historia y será contada en alguna otra ocasión.

## NOTAS AL PIE

1. Se usa el término “responsabilización legalizada” en vez de “responsabilización jurídica” para mejor capturar el distinto concepto de “legalized accountability” desarrollado por Epp en *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the Creation of the Legalistic State* (University Press. Chicago, 2009) y usado en este texto en su sentido original, con el acento en *el proceso* de legalización.

3. N. S. Rodley, “Reflections on Working for the Prevention of Torture” (*Essex Human Rights Review* 6, N° 1, 2009), p. 15-21; M. Nowak y E. McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (New York: Oxford University Press. Nueva York, 2008).

4. C. Epp (*op. cit.*) utilizó el término “responsabilización legalizada” para referirse a los litigios civiles de los Estados Unidos, que, en combinación con la experiencia burocrática, habrían impulsado cambios en varias áreas, incluida la vigilancia policial. En el caso de la tortura y desde una perspectiva global, aunque también se cree que los litigios civiles y el cobro de daños tienen el potencial de cambiar las leyes y las prácticas, la UNCAT y las soluciones de política que ha fomentado ponen mayor énfasis en las investigaciones criminales y el procesamiento. En consecuencia, este artículo utiliza el término “responsabilidad legalizada” en este último sentido.

5. R. Carver y L. Handley (eds.), *Does Torture Prevention Work?* (Liverpool University Press. Liverpool, 2016). En 2002, las Naciones Unidas también adoptaron un Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (por sus siglas en inglés, OPCAT), que agrega a los Estados parte la obligación de establecer “uno o varios mecanismos nacionales de prevención independientes con el poder de realizar visitas inesperadas a todos los lugares de detención, realizar entrevistas privadas con todos los detenidos y hacer recomendaciones a las autoridades pertinentes con el objetivo de prevenir la tortura y mejorar las condiciones de detención”.

6. N. S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law* (3.ª ed. Oxford: Oxford University Press. Oxford, 2009).

7. N. S. Rodley, “Reflections on Working for the Prevention of Torture” (*Essex Human Rights Review* 6, N° 1, 2009); M. Nowak y E. McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford University Press. Nueva York, 2008).

8. R. Carver y L. Handley, *op. cit.*

9. *Ibid.*, p. 48. De hecho, su principal conclusión es válida independientemente del entorno político.

10. *Ibid.*, p. 3.

11. El conjunto más importante incluye salvaguardas en las primeras horas y días después del arresto, como retener a las personas en lugares de detención legales y documentados, darles acceso a un abogado y un examen médico por parte de un médico independiente, y llevarlos rápidamente ante un juez. R. Carver y L. Handley, *op. cit.*, p. 2.

12. R. Carver y L. Handley, *op. cit.*, p.3.
13. La revisión de la literatura en Carver y Handley cubre este trabajo con la atención debida. Los lectores están invitados a consultarla para más detalles.
14. A. Sarat y T. Kearns, "Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life" (En A. Sarat y T. Kearns (eds.), *Law in Everyday Life*. University of Michigan Press. Ann Arbor, 1995), p. 25.
15. Ídem.
16. Ver, por ejemplo, A. Sarat, "...The Law Is All Over": Power, Resistance, and the Legal Consciousness of the Welfare Poor" (*Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 2, 1990), pp. 343-79; D. Engel, "How Does the Law Matter in the Constitution of Legal Consciousness?" (En Bryan Garth y Austin Sarat (eds.) *How Does the Law Matter?* Northwestern University Press. Evanston, IL, 1998), pp. 109-44; L. B. Nielsen, "Situating Legal Consciousness Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment" (*Law and Society Review*, Vol. 34, 2000), pp. 1055-90; S. E. Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans* (University of Chicago Press. Chicago, IL, 1990). Ver, en especial, por su relevancia metodológica y teórica, P. Ewick y S. S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life* (University of Chicago Press. Chicago, 1998); E. D. Fritsvold, "Under the Law: Legal Consciousness and Radical Environmental Activism" (*Law and Social Inquiry*, Vol. 34, No. 4), pp. 799-824; S. Halliday y B. Morgan, "I Fought the Law and the Law Won: Legal Consciousness and the Critical Imagination" (*Current Legal Problems*, Vol. 66), pp. 68-88; y S. S. Silbey, "After Legal Consciousness" (*Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1, 2005), pp. 323-368.
17. S. S. Silbey, *op. cit.*, p. 335.
18. Creado por el Estatuto Federal de Brasil No. 12.847, el Mecanismo Nacional está compuesto por once expertos con conocimientos y experiencia demostrados en la prevención y el combate de la tortura. Ellos son reclutados a través de los procesos de selección pública llevados a cabo por el Comité Nacional y luego nombrados por el presidente brasileño. Sirven términos de tres años y pueden ser reelegidos por un solo término.
19. Creado por el Estatuto Federal de Brasil No. 12.847, el Comité Nacional está compuesto por veintitrés miembros: once en representación de organizaciones gubernamentales y doce (y los sustitutos) que representan a la sociedad civil. Los representantes de la sociedad civil (y los sustitutos) son nombrados por el presidente de Brasil, después de una consulta pública entre organizaciones de la sociedad civil y asociaciones profesionales cuyo trabajo es relevante para la prevención y el combate de la tortura. Los representantes de la sociedad civil (y los sustitutos) tienen un mandato de dos años, y pueden ser reelegidos por un solo mandato.
20. Once expertos que trabajan en el mecanismo preventivo, más doce representantes de la sociedad civil (y doce de sus sustitutos).
21. P. Ewick y S. S. Silbey, *op. cit.*
22. Se refiere al juego de palabras en el original: "With-out the law". Aunque la traducción superficial sería "sin la ley", en el intento de preservar el mensaje completo de la sección, se usa el compuesto: "con la ley-fuera de la ley".
23. Se refiere al juego de palabras en el original: "With-out the law". Aunque la traducción superficial sería "sin la ley", en el intento de preservar el mensaje completo de la sección, se usa el compuesto: "con la ley-fuera de la ley".
24. P. Ewick y S. S. Silbey, *op. cit.*
25. Esta es una particularidad de las leyes brasileñas contra la tortura, que se apartan de las definiciones de la problemática en el derecho internacional. Si bien este estipula claramente que los perpetradores de tortura son agentes estatales, generalmente funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la ley brasileña considera que los agentes privados (niñeras, cuidadores, trabajadores de la salud, por nombrar algunos) también pueden cometer tortura.
26. M. Foucault, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (Pantheon Books. Nueva York, 1977); M. Foucault, *Power* (New Press. Nueva York, 2001).
27. Las referencias más leídas de la criminología crítica en Brasil son J. Cirino dos Santos, *A Criminologia Radical* (Forense. São Paulo, 1981); A. Baratta, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* (6.ª ed. Revan.

Rio de Janeiro, 2011); V. R. P. Andrade, *A ilusão da segurança jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal* (2.ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003); E. R. Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen* (Themis. Bogotá, 1988), y E. R. Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* (Trad. Vânia Romano Pedrosa. Revan. Rio de Janeiro, 1991).

28. Las referencias más leídas en Brasil son: N. Christie, *Los límites del dolor* (Universitetsforlaget. Oslo, 1981); N. Christie, *Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style* (3.ª ed. Routledge. Nueva York, 2000); N. Christie, “Empty the Prisons” (*Wired Magazine*, septiembre 21, 2009, disponible en <https://www.wired.com/2009/09/ff-smartlist-christie/>); L. H. C. Hulsman, “The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies” (*Israel Law Review*, Vol. 25, No. 2-4, 1991), pp. 681-709; L. H. C. Hulsman, “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal” (*Revista Verve*, No. 3, 2003), pp. 190-218; L. H. C. Hulsman y J. B. Celies, *Peines Perdues. Le système pénale en question. Paris Penas perdidas: o Sistema penal em questão* (Trad. Maria Lucia Karam. LUAM. Rio de Janeiro, 1993); T. Mathiesen, *The Politics of Abolition* (Martin Robertson. Londres, 1974); T. Mathiesen, *Juicio a la prisión – Una evaluación crítica* (Sage. Londres, 1994); T. Mathiesen, “A caminho do século XXI - Abolição, um sonho impossível?” (En Edson Passetti y Roberto Baptista Dias da Silva (eds.) *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP São Paulo, 1997), pp. 88-111; E. Passetti, “A atualidade do abolicionismo penal” (En Edson Passetti (ed.) *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Revan. Rio de Janeiro, 2004), pp. 9-68; E. Passetti, “Ensaio sobre um abolicionismo penal” (*Revista Verve (NU-SOL)*, No. 9, 2006), pp. 83-114; y M. L. Karam, “Pela abolição do sistema penal” (En Edson Passetti (ed.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Revan. Rio de Janeiro, 2004).

29. O. V. Vieira, “Public Interest Law: A Brazilian Perspective” (*UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, Vol. 13, 2008), p. 219; R. B. Arantes, *Ministério Público e Política no Brasil* (Sumaré/Educ. São Paulo, 2002).

30. O. V. Vieira, *op. cit.*; T. W. Moura *et al.*, *Mapa da Defensoria Pública No Brasil* (ANADep & Ipea. Brasília, 2013).

31. De conformidad con el Estatuto Federal de Brasil No. 7.210, art. 65, VII y art. 68.

32. Por ejemplo, C. Foley, *Protecting Brazilians from Torture: A Manual for Judges, Prosecutors, Public Defenders and Lawyers* (International Bar Association. Londres, 2013, disponible en <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=3C9B37B3-633C-49C5-8AC8-0BAFB58A6CB1>).

33. Consulte la Resolución 213 del CNJ, <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Estas audiencias cumplen con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificada por Brasil en 1992, así como con varias recomendaciones de la ONU y de ONG internacionales.

34. R. Carver y L. Handley, *op. cit.*

35. Se refiere una vez más al juego de palabras en el original: “with-out the law”, traducido como: “con la ley-fuera de la ley”.

36. La cuestión de la evidencia se aborda a continuación.

37. Esta es también la mecánica del litigio estratégico en materia de tortura y otros temas de derechos humanos. Las ONG buscan casos paradigmáticos para presentar, se basan en fallas domésticas, incluso judiciales, para llegar a los tribunales internacionales y utilizan la influencia que obtienen de las decisiones de estos tribunales internacionales para negociar, a nivel nacional, un programa de cambio institucional.

38. La conferencia fue un proceso participativo que reunió a representantes del Gobierno brasileño, la sociedad civil y los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley para definir prioridades y proponer soluciones a la política nacional de seguridad pública de Brasil. Los servicios forenses estuvieron representados en la organización de la conferencia por la Sra. Eliete Borges, quien dirigió el Consejo de Directores de Servicios Forenses. El informe de la conferencia clasificó los principios y las directivas, según la cantidad de votos que tenían las propuestas. Los principios eran formulaciones más generales; las directivas eran más específicas. La segunda directiva más votada (con 1.094 votos) nota: “4.16 - Autonomía de los servicios forenses: para promover la autonomía y modernización de los servicios forenses que tienen control sobre su presupuesto [...] para garantizar que las pruebas se produzcan de manera competente e independiente [...] así como el respeto a los derechos humanos”. El informe está disponible en línea en [http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca\\_Publica/relatorio\\_final\\_1\\_conferencia\\_seguranca\\_publica.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Publica/relatorio_final_1_conferencia_seguranca_publica.pdf).

39. El informe de 2016-17 pone un énfasis especial a los servicios forenses. Está disponible en línea en <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnpe/relatorio-anual-2016-2017>.

40. Al presentar su informe en el 69.º período de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas en Nueva York, en octubre de 2014, el relator declaró que “los servicios forenses deben ser independientes de la aplicación de la ley” (<https://news.un.org/en/story/2014/10/481752-forensic-services-must-be-independent-law-enforcement-un-expert-tells-assembly#.VEknCLH6Ny0>). El informe está disponible en línea en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2014/10/Forensics\\_Report\\_SRT.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2014/10/Forensics_Report_SRT.pdf).

41. Una experta anterior en el mecanismo preventivo brasileño hizo su carrera en servicios forenses, pero el argumento a favor de la independencia proviene de múltiples fuentes.

42. Vea: <https://www.nytimes.com/2018/10/28/world/americas/brazil-president-jair-bolsonaro-quotes.html>.

capítulo



**LA PROLIFERACIÓN DE LA TORTURA  
Y OTROS MALTRATOS EN NIÑOS,  
NIÑAS Y ADOLESCENTES PRIVADOS  
DE LA LIBERTAD EN  
DIFERENTES CONTEXTOS:  
NECESIDAD DE ALTERNATIVAS**

*Andra Nicolescu*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Asesora jurídica y de defensa, Asociación para la Prevención de la Tortura. Exdirectora adjunta de la Iniciativa contra la Tortura, American University Washington College of Law.

Capítulo original en inglés; traducción de Heidi Abuchaibe Abuchaibe. Docente investigador. Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales. CIPE. Universidad del Externado de Colombia.

## RESUMEN

La privación de libertad de los niños, que representa un fenómeno creciente en todo el mundo y en América Latina, plantea importantes preocupaciones desde la perspectiva de la prohibición legal internacional de la tortura y otros malos tratos. En este capítulo se analizan los mayores riesgos de maltrato y otros abusos contra los derechos humanos que enfrentan los niños privados de libertad y se detallan las mayores obligaciones legales que incumben a los Estados para proteger a los niños privados de libertad. Se discuten las situaciones de detención en el sistema de justicia penal, la detención de inmigrantes y la privación de libertad de los niños en las instituciones estatales, tales como instalaciones médicas u hogares de cuidado. Desde las perspectivas tanto de la prohibición de la tortura y otros malos tratos como del interés superior del niño, se enfatiza la necesidad de prohibir las prácticas orientadas a la privación de libertad, que son perjudiciales, ineficaces o contraproducentes y costosas. El capítulo concluye haciendo un llamado a la adopción de respuestas alternativas, holísticas y preventivas a la privación de niños en todos los contextos.

**Palabras clave:** Privación de libertad – Derechos de los niños – Justicia juvenil – Sistemas de justicia penal – Detención migratoria – Hogares de asistencia social – Orfanatos – (Des)institucionalización – Alternativas a la detención – Relator especial sobre tortura – Convención de los Derechos del Niño.

## ABSTRACT

The deprivation of children's liberty is a growing phenomenon around the world, particularly in Latin America. Considering the international legal prohibition of torture and other ill treatment, this trend poses significant concerns. This article discusses the heightened risks of mistreatment and other human rights abuses faced by children deprived of their liberty and elaborates on the stringent legal obligations incumbent on states to protect children deprived of liberty. The author assesses the situations of children in detention in the criminal justice system, in immigration detention and in state institutions, such as medical facilities or care homes. Emphasis is placed on the need to prohibit deprivation practices that are harmful, ineffective, counterproductive and costly in light of the prohibition of torture and other ill-treatment and the need to uphold the best interests of the child. The article concludes by calling for the adoption of alternative, holistic and preventive responses to the deprivation of the liberty of children in all contexts.

**Key words:** Deprivation of liberty – Children's rights – Juvenile justice – Criminal justice systems – Immigration detention – Social care homes – Orphanages – (De)institutionalisation – Alternatives to detention – Special Rapporteur on Torture – Convention on the Rights of the Child.

# 1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo proporciona una visión general del significativo problema de la privación de la libertad<sup>2</sup> de los niños<sup>3</sup> alrededor del mundo y en especial en América Latina, desde la perspectiva de la prohibición legal internacional de la tortura y otros malos tratos. Su desarrollo se basa en el informe de 2015 del ex relator especial de las Naciones Unidas (ONU) Juan E. Méndez sobre la tortura y los malos tratos a los niños privados de la libertad. El texto inicia proporcionando una perspectiva del riesgo incrementado de tortura y otros malos tratos que enfrentan los niños y una descripción general de estándares internacionales aplicables que los protegen frente a dichos tratamientos.

El capítulo desarrolla los tres contextos principales en los cuales los niños están privados de libertad: la detención de niños en sistemas de justicia penal, la detención migratoria de menores y la detención en otras instituciones, como instalaciones u hogares de “atención” social. En lo que respecta a la detención de niños por parte de los sistemas de justicia juvenil, el capítulo establece que su aplicación debe ser una medida excepcional de último recurso y solo cuando sea en el mejor interés del niño; e ilustra las prácticas que deben prohibirse desde la perspectiva de la proscripción de la tortura y otros malos tratos, así como los requisitos mínimos para garantizar el respeto a la dignidad humana de los niños bajo esta situación. En cuanto a la detención de niños por inmigración, se profundiza en la conclusión de prohibir este tipo de detención por parte de los Estados, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia regional y otras interpretaciones autorizadas.

El panorama general de la situación de los niños privados de libertad en otras instituciones concluye con un llamado a la desinstitucionalización universal y la adopción de alternativas familiares y comunitarias para los niños. El capítulo finaliza con una breve nota sobre la necesidad de responder a los desafíos actuales en América Latina mediante la búsqueda de soluciones alternativas basadas en políticas y prácticas fundadas en los derechos humanos, en particular en respuesta a comportamientos violentos y denominados “delincuenciales” o “antisociales”.

## 2 ¿POR QUÉ LOS NIÑOS SON PRIVADOS DE LA LIBERTAD Y POR QUÉ ENFRENTAN MAYORES RIESGOS DE TORTURA Y OTROS MALOS TRATOS?

En 2015, el ex relator especial de la ONU sobre la tortura, Juan E. Méndez, presentó un informe pionero sobre la prevención de la tortura contra los niños privados de libertad. En este documento explora el marco legal internacional y las normas que protegen a los niños privados de su libertad de ser sometidos a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y de experimentar condiciones de confinamiento perjudiciales y tortuosas para su desarrollo<sup>4</sup>. El informe concluyó que los niños privados de libertad corren un mayor riesgo de sufrir tortura y otros malos tratos, y que la especial vulnerabilidad de los niños privados de libertad requiere estándares más altos y salvaguardias más amplias para la prevención de la tortura y los malos tratos, así:

Habida cuenta de sus necesidades fisiológicas y psicológicas específicas, que los hacen particularmente sensibles a las privaciones y a tratos que de otra manera pudieran no constituir tortura, los niños son más vulnerables a los malos tratos y a la tortura que los adultos. La detención de niños, en particular la prisión preventiva o el encarcelamiento tras el juicio, así como el internamiento en instituciones y la detención administrativa por motivos de inmigración, están inextricablemente vinculadas, si no por ley sí en la práctica, a los malos tratos de niños, porque la especial situación de vulnerabilidad en que se les ha colocado los expone a numerosos tipos de riesgos. Asimismo, la respuesta a las cuestiones y causas fundamentales suele ser insuficiente.

El hecho de detener a los niños, ya sea en centros de detención preventiva, prisiones o instituciones de bienestar social, por su propia naturaleza, los priva de las formas y la calidad de la atención que requieren<sup>5</sup>. Cuando los niños son privados de su libertad y colocados en instituciones, están expuestos a riesgos significativamente mayores de violencia, explotación y daño psicológico, y a menudo sufren altos índices de depresión, ansiedad, autolesión y suicidio, y

presentan síntomas consistentes con trastorno de estrés postraumático<sup>6</sup>. De hecho, “incluso períodos muy cortos de detención pueden socavar el bienestar psicológico y físico del niño y comprometer el desarrollo cognitivo”<sup>7</sup>, impidiendo que alcancen su máximo potencial<sup>8</sup>. En este contexto, “al determinar la gravedad de los actos que pueden constituir malos tratos o tortura, se deben tener en cuenta los efectos físicos y mentales y la edad de la víctima. En el caso de los niños, se deben aplicar estándares más altos para clasificar el tratamiento y el castigo como crueles, inhumanos o degradantes”<sup>9</sup>.

Adicionalmente, se ha identificado que muchos, si no la mayoría de los niños privados de libertad, pertenecen a grupos marginados o ya se encuentran en situaciones particulares de vulnerabilidad, ya sea debido a la pobreza, a la falta de atención parental adecuada, al hecho de vivir y trabajar en la calle o que ya hayan experimentado abuso físico, psicológico o sexual.

Las causas subyacentes de la privación de la libertad de los niños (ya sea porque han entrado en “conflicto con la ley”, sobre la base de su estatus migratorio o para fines de “atención” o “tratamiento”) son variadas y van desde la pobreza, la violencia doméstica u otros entornos familiares perjudiciales. Un ejemplo son las que se caracterizan por la negligencia y los sistemas sociales y educativos de calidad inferior, que pueden agravar estos problemas.

En tales casos, “el impacto acumulativo de la violencia física, mental y sexual sufrida por los niños en el hogar, en la escuela, en la comunidad y en las manos de los responsables de su protección en situaciones de privación de libertad” es devastador, y resulta en un continuo de violencia y abuso<sup>10</sup>. Al mismo tiempo, como lo explican los profesionales médicos y especialistas en desarrollo infantil y adolescente, los niños adolescentes se encuentran en situación de vulnerabilidad especialmente pronunciada debido a los “rápidos cambios físicos, fisiológicos y físicos que experimentan”, que los hacen más susceptibles de entrar en “conflicto con la ley”<sup>11</sup>.

En este contexto, y como se explicará más adelante, queda claro que la privación de la libertad de los niños, ya sea en respuesta a su “conflicto con la ley”, sobre la base del estatus migratorio o bajo la simulación de atención social, médica u otras formas de atención o tratamiento institucional, es, por lo general, una medida dañina e inadecuada que atenta contra la prohibición legal internacional de la tortura y otros malos tratos y tiene efectos devastadores en los derechos humanos de los niños en general.

En lugar de recurrir a medidas que privan a los niños de la libertad e imponer sanciones, castigos y condiciones de vida equivalentes a las impuestas a los adultos, corresponde a los Estados tratar de abordar las causas que subyacen, adoptar medidas especiales y cumplir con sus mayores obligaciones de “diligencia debida” para proteger la vida y la libertad personal, la seguridad, la salud y la integridad física y psicológica de los niños.

### **3 EL PAPEL Y LA EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS PRIVADOS DE LIBERTAD CONTRA LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS, INCLUIDA LA TORTURA Y OTROS MALOS TRATOS**

El informe del relator especial<sup>12</sup> definió de forma clara el nexo entre la privación de libertad de los niños y la prohibición de la tortura y otros malos tratos, prestando especial atención a las prácticas inherentes a diversas formas de privación de libertad de los niños. Como ha explicado un comentarista, “esta visión de cómo la prohibición contra el maltrato entra en contradicción con los derechos de los niños a la protección de medidas especiales y reforzadas nos obliga a ir más allá del *corpus* del derecho internacional actual”<sup>13</sup>. No obstante, antes de abordar los contextos específicos en los que los niños están privados de la libertad y sometidos a diversas formas de maltrato y las formas en que la prohibición internacional de la tortura y otros malos tratos se puede utilizar de manera efectiva para llamar la atención e intentar combatir y resarcir las prácticas cometidas, es importante proporcionar una breve descripción de las formas en que las protecciones internacionales otorgadas a los niños detenidos deben ser diferenciadas y más amplias respecto a las protecciones brindadas a los adultos detenidos.

Una variedad de instrumentos legales internacionales se aplica a la protección de los niños, que van desde el derecho internacional general de los derechos humanos y el derecho de los refugiados hasta los marcos legales específicos para

los niños. De hecho, el anterior relator en su informe referencia su análisis en los principios clave articulados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC), que enfatiza sobre la necesidad de un enfoque adicional en los derechos de los niños más allá de lo que el derecho internacional ofrece a los adultos. En ese sentido, afirma que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”<sup>14</sup>. El CRC es el tratado de las Naciones Unidas más ampliamente ratificado que contiene obligaciones legalmente vinculantes para sus 194 Estados parte.

Al mismo tiempo, varios otros instrumentos de *soft law* en las Naciones Unidas tratan de forma específica los derechos de niños y jóvenes. Entre ellos se incluyen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (o Reglas de Beijing), las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (o Reglas de La Habana), así como las interpretaciones autorizadas. También cabe mencionar a este respecto la jurisprudencia de los órganos de tratados de las Naciones Unidas y los tribunales y órganos regionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Como se ha señalado, la proliferación de tal cantidad de estándares, de alguna manera, es una paradoja. Si bien “el hecho de que estos principios básicos se hayan repetido y elaborado a lo largo de distintas normas convencionales y del denominado *soft law* es una clara indicación de su aceptación a nivel internacional”<sup>15</sup>, también plantea una deficiencia práctica en “la protección de los derechos de los niños privados de la libertad”<sup>16</sup>. Dicho de otra manera, la persistencia —si no la agravación— de los grandes desafíos a nivel nacional y el hecho de no traducir la ley a la práctica ilustran que tal “consenso internacional no tiene efecto alguno si no cuenta con implementación nacional”<sup>17</sup> en términos de mejorar la realidad de los niños privados de libertad en todo el mundo.

Al mismo tiempo, la contribución especial y el valor agregado del informe del relator especial y la estructura de los abusos inherentes a la privación de la libertad de los niños, y en particular en los entornos de detención no tradicionales, como

se detallará más adelante, descansan en la identificación de abusos tales como tortura u otros malos tratos como delitos que conllevan un estigma especial<sup>18</sup>. En este contexto, y si bien la existencia de normas tan sólidas en sí es ventajosa, es imperativo que los esfuerzos actuales para proteger a los niños privados de libertad de los abusos generalizados contra los derechos humanos se centren en lograr una implementación efectiva y proporcione alternativas y soluciones concretas para abordar los abusos existentes.

Para este fin, es ampliamente deseado que el estudio mundial sobre los niños privados de libertad, que todavía se está llevando a cabo de conformidad con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 2014<sup>19</sup>, tenga un impacto positivo en dichos esfuerzos a nivel nacional mediante la recopilación y compilación de estadísticas y datos cuantitativos y cualitativos desagregados de todo el mundo sobre la situación de los niños detenidos, destacando las buenas prácticas y formulando recomendaciones para prevenir los abusos de los derechos humanos en estos contextos. Inclusive, para reducir el número de niños privados de su libertad en todo el mundo.

Este esfuerzo brinda una oportunidad importante que no debe perderse, no solo para definir con precisión el alcance del problema de la privación de libertad a los niños, sino también para proporcionar información adecuada sobre alternativas a la detención que mejorarán la situación de los derechos humanos de innumerables niños en todo el mundo y beneficiarán a las sociedades en general.

## 4 LOS NIÑOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Según las cifras publicadas por el Foro de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal en 2010, se estima que al menos 1,1 millones de niños están detenidos en todo el mundo<sup>20</sup>. Sin embargo, es probable que estas cifras sean una subestimación significativa de la cantidad de niños detenidos en cárceles de todo el mundo, otros centros de detención preventiva y cárceles diseñadas para adultos y centros de detención juvenil<sup>21</sup>.

El derecho internacional exige que la privación de libertad de los niños sea una medida de último recurso, que se utilice solo en casos excepcionales y por el

menor tiempo posible, en el mejor interés del niño<sup>22</sup>. Para prevenir la tortura y los malos tratos y promover la rehabilitación de los niños y su reintegración en la sociedad, según el CRC, los Estados deben priorizar alternativas a la detención como asesoramiento, libertad condicional, cuidado de crianza, capacitación vocacional y programas de servicio comunitario, al igual que deben “asegurarse de que los niños sean tratados de una manera apropiada para su bienestar y de forma proporcional a las circunstancias de su entorno y al delito cometido”<sup>23</sup>.

Sin embargo, muchos Estados continúan deteniendo a niños por delitos menores como violaciones de toque de queda, desobediencia, delincuencia y otros llamados “delitos de estatus”, que no equivaldrían a delitos si los cometieran adultos. Adicionalmente, la gran mayoría de los niños detenidos son delincuentes primerizos, y una cifra muy reducida son acusados de cometer delitos violentos. De hecho, como se señaló en el estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, muchos menores detenidos no han cometido ningún delito, sino que están detenidos debido a la vagancia, la falta de vivienda o porque necesitan la atención y la protección adecuadas<sup>24</sup>. En todo el mundo, incluso en América Latina, el uso de la detención preventiva de niños acusados de violar el derecho penal es, de hecho, generalizado<sup>25</sup>.

Como ha reconocido la representante especial del Secretario General sobre Violencia contra los Niños (SRSG), Marta Santos Pais, los sistemas de justicia penal en muchos casos se utilizan como sustitutos de la débil protección de los niños o los servicios de salud, lo que lleva a la estigmatización, criminalización y detención de los menores que están en riesgo y que han experimentado explotación, abandono y abuso, o han estado de otra manera en situaciones de vulnerabilidad<sup>26</sup>. Peor aún, es bien sabido que la detención de niños por “delincuencia” u otros delitos de Estado no tiene fines de rehabilitación, ya que las instalaciones donde se encuentran a menudo representan “poco más que depósitos, carecen del personal y de la infraestructura necesaria para brindar capacitación en manejo de la ira, entrenamiento en habilidades para la vida, asesoramiento y otro tipo de apoyo. De hecho, la detención por delincuencia o delitos conlleva tasas de reincidencia más altas que las alternativas a la detención”<sup>27</sup>.

La falacia fundamental aquí se debe en gran parte al hecho de que las respuestas de criminalización y detención no solo no abordan las causas fundamentales del problema, sino que de hecho exacerban a este último. Recurrir

a la detención en tales casos, es decir, en la mayoría de los casos, no solo es ilegal sino contraproducente. En efecto, “sacar a los niños de sus redes familiares y comunitarias, así como de las oportunidades educativas y vocacionales en los períodos críticos y formativos de su vida, puede agravar la desventaja social y económica, y la marginación”<sup>28</sup>. Por el contrario, lo que se requiere es abordar las causas profundas de estos problemas en intervenciones preventivas y rentables, como lo explica un médico y miembro del Comité de los Derechos del Niño:

La intervención preventiva debe apuntar a proporcionar los medios para una vida familiar positiva para los niños y para el acceso universal a la educación regular. Esto debería incluir el desarrollo de la primera infancia a través de la educación preescolar y los padres. Es esencial permitir que las familias accedan a servicios básicos de salud, nutrición, agua potable y saneamiento, al igual que el acceso a la vivienda. La intervención preventiva incluye un enfoque especial en los servicios para adolescentes en escuelas y hospitales, así como en las comunidades [...]. Los educadores de pares en las escuelas son útiles. Los servicios deben incluir el desarrollo de habilidades para la vida, incluso en relación con la prevención del consumo de tabaco, la adicción al alcohol y las drogas, y las infecciones de transmisión sexual. Los entrenamientos con respecto a las habilidades en la resolución de conflictos también son ventajosos para los adolescentes<sup>29</sup>.

Reconociendo esto, las Estrategias Modelo de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Violencia contra los Niños, que fueron adoptadas en 2014, buscaron articular “la responsabilidad del sistema de justicia penal, en cooperación con la protección de los niños y otras agencias, para prevenir y responder a la violencia contra los niños”, en un enfoque sensible, comprensivo y multidisciplinario que evitara las respuestas punitivas y retributivas y se centrara en el niño<sup>30</sup>. Según la SRSG, las Estrategias Modelo son aplicables en todas las situaciones en que los niños están privados de libertad, aunque están principalmente enfocadas hacia presuntos o delincuentes reconocidos. Curiosamente, el término “niños en conflicto con la ley” se evitó deliberadamente dado que muchos, si no la mayoría, de los niños que entran en contacto con el sistema de justicia penal juvenil han sido detenidos ilegal o arbitrariamente, sin haber cometido un delito, y debido a sus connotaciones estigmatizantes.

Si bien “este cambio de paradigma requiere una fuerte voluntad política e inversión, los beneficios a corto y largo plazo de mantener a los niños fuera de las instituciones y los centros de detención serán considerablemente mayores para los niños afectados, sus familias y la sociedad en general”. Se espera que las Estrategias Modelo ayuden a las partes interesadas a nivel nacional a reducir el puente entre la ley y la práctica en el terreno<sup>31</sup>.

Cada vez que los niños son detenidos en los sistemas de justicia juvenil, las decisiones judiciales y otras prácticas, incluidas las sanciones disciplinarias, y la organización y administración de los centros de detención requieren modificaciones en la práctica que atiendan a los estándares, a fin de garantizar que la detención y las prácticas asociadas no constituyan tortura u otros malos tratos. Para este fin, es importante reiterar una serie de prácticas que nunca se pueden permitir:

- Los niños **nunca deben ser acusados**, juzgados y condenados en el sistema de justicia penal para adultos<sup>32</sup>.
- Los niños **nunca deben ser sometidos a penas de adultos**, incluidas las de cadena perpetua sin libertad condicional, penas largas, mínimas, obligatorias o consecutivas, que sean intrínsecamente crueles, inhumanas o degradantes<sup>33</sup>.
- Los niños **nunca deben ser puestos en régimen de aislamiento** de ninguna duración, por ningún motivo.
- Los niños **nunca deben ser sometidos a castigos corporales**.
- Los niños detenidos en el sistema de justicia penal juvenil siempre **deben estar separados de los adultos detenidos**<sup>34</sup>.
- Los niños **nunca deben ser sometidos al uso de la fuerza ni a restricciones**, con excepciones limitadas, solo permisibles cuando un niño representa una amenaza inminente de daño para sí mismo o para otros, y solo por un período de tiempo limitado, únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control<sup>35</sup>.

Además, los Estados que detienen a niños tienen obligaciones positivas adicionales para garantizar que los niños privados de libertad reciban atención específica, así como los servicios y las condiciones de detención adecuadas y apropiadas para la edad. En particular, el informe del relator especial indica los siguientes requisitos que permiten garantizar que los niños privados de libertad no sean sometidos a condiciones de confinamiento que equivalgan a tortura u otros malos tratos:

- **Alojamiento en entornos que no equivalgan a encarcelamiento**, que presentan cuidados y programación adaptados a las necesidades específicas de los niños y administrados por personal especializado, capacitado especialmente para tratar menores.
- **Alojamiento en habitaciones individuales en lugar de dormitorios grandes** y acceso a servicios adecuados de nutrición, salud y otros servicios básicos, luz natural, ventilación adecuada, instalaciones sanitarias higiénicas y respeto a la privacidad.
- **Acceso regular a la atención de pediatras y psicólogos** infantiles con capacitación especializada en traumas.
- **Colocación en instalaciones lo más cerca posible** del lugar de residencia de su familia.
- **La capacidad de mantener el contacto con los padres y la familia** por medios telefónicos, electrónicos u otros, y la facilitación de las visitas periódicas de los padres y la familia, así como la dispensa de la licencia de los centros de detención con el fin de visitar el hogar y la familia, y para fines educativos y profesionales, u otros propósitos relevantes.
- **Un programa integral de educación, deportes, capacitación vocacional, recreación** y otras actividades atractivas y apropiadas para la edad, incluido el ejercicio físico durante al menos dos horas al aire libre y preferiblemente durante un período significativo de tiempo.
- **La capacidad de responder a las necesidades específicas** de los grupos de niños que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad a los malos tratos o a la tortura, como las niñas o la población LGBTI, así como los niños con discapacidades<sup>36</sup>.

Además, las autoridades deben garantizar que los niños privados de libertad tengan acceso a la justicia y a recursos efectivos mediante mecanismos de denuncia confidenciales e independientes y de supervisión e inspección<sup>37</sup>.

El monitoreo regular e independiente de los lugares donde los niños están privados de su libertad, incluidos los establecimientos privados, es absolutamente esencial para prevenir la violencia y el maltrato de los niños, asegurar que se satisfagan sus necesidades especiales e identificar y remediar los factores de riesgo de abuso y las inadecuadas condiciones de detención. Las herramientas específicas, como la *Guía Práctica para el monitoreo de los lugares de privación de libertad para los niños*<sup>38</sup>, puede ser especialmente útil en la práctica, por ejemplo, para que los organismos de supervisión adopten un enfoque multidisciplinario basado en los derechos de los niños, incluidos los indicadores en el monitoreo de políticas y metodologías, y en el momento de hacer seguimiento de la situación de los niños detenidos. Además, estos organismos deben tener presente la necesidad de abordar la gama de cuestiones relacionadas con el bienestar de los niños privados de libertad, que va desde el tratamiento hasta las condiciones materiales de detención y la naturaleza del régimen de detención que se impone. De la misma manera, se debe incluir el acceso a actividades de salud, educativas, vocacionales, de esparcimiento y recreación; normas para el reclutamiento, las calificaciones y la capacitación del personal; y el acceso a medidas de protección y mecanismos de denuncia.

## 5 DETENCIÓN MIGRATORIA DE NIÑOS

“Está claro que la privación de la libertad de los niños basada en su estatus migratorio [o el de sus padres] nunca está en el mejor interés del niño, supera el requisito de la necesidad, se vuelve extremadamente desproporcionado y puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante”<sup>39</sup>. Esta poderosa declaración del relator especial sobre la tortura refleja el consenso emergente de que la privación de libertad de los niños, debido a su estatus migratorio, está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>40</sup>.

En contraste con la detención en el sistema de justicia penal juvenil, los principios de *ultima ratio* o último recurso no se aplican a los procedimientos de inmigración y la privación de libertad de los niños que por el estatus de inmigración superan el requisito de la necesidad<sup>41</sup>. Además, la detención de niños en este contexto nunca está en el mejor interés de ellos, como lo requieren las normas del derecho internacional<sup>42</sup>, sino que se basa más bien en las preocupaciones administrativas y de las políticas de los Estados relacionadas con la regulación de la migración. En consecuencia, el relator especial exhorta a los Estados, haciendo eco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a “aclarar en su legislación políticas y prácticas que el principio del interés superior del niño tiene prioridad sobre la política migratoria y otras consideraciones administrativas”<sup>43</sup>.

De hecho, el derecho internacional de los derechos humanos no proporciona ninguna base legal para legitimar la privación de libertad de los niños en el contexto de los procedimientos migratorios, y los órganos de los tratados han pedido repetidamente la abolición de cualquier tipo de detención de niños sobre esta base.

Tales determinaciones reconocen la angustiada realidad que enfrentan la mayoría de los niños migrantes debido a que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad y han sufrido abusos significativos contra los derechos humanos en sus países de origen, lo que en primer lugar ha provocado su migración. En esa misma línea, se admite que la violencia y los abusos se perpetúan, y de hecho se exacerban, en las rutas de migración. La situación sigue siendo grave en los Estados de tránsito y destino, donde a menudo los niños son detenidos automáticamente y se les niegan los derechos humanos fundamentales y la atención que requieren como parte de los mecanismos y políticas de control migratorio restrictivos.

En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño ha declarado expresamente que la detención de niños basada exclusivamente en su estatus migratorio (ya sea de sus padres o en los casos en que los niños migrantes no están acompañados por sus padres) viola la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), declarando que “en el caso de los niños, la detención nunca debería ser una opción, ya que esto contradeciría el principio del interés superior del niño y el espíritu de toda la CRC, que solo permite la detención como último recurso, para el período más corto de tiempo en procedimientos que son de naturaleza criminal”<sup>44</sup>.

Con este fin, el Comité ha recomendado la abolición de la detención de niños migrantes y solicitantes de asilo en varios Estados partes, entre ellos el Reino Unido e Irlanda del Norte, México y Turquía. Así se sugiere, por ejemplo, que sea necesario adoptar “Alternativas a la detención que permiten a los niños permanecer con miembros de la familia y/o tutores en contextos sin custodia y basados en la comunidad mientras se resuelve su estatus migratorio, de acuerdo con sus mejores intereses, y con los derechos de los niños a la libertad y la vida familiar”<sup>45</sup>. Además, los procesos para tomar decisiones sobre el estado de un niño deben basarse en una determinación del interés superior y llevarse a cabo de conformidad con las garantías del debido proceso y acompañados de garantías procesales, y ser conscientes de las circunstancias individuales y las necesidades específicas del niño<sup>46</sup>.

Del mismo modo, la Comisión de Trabajadores Migratorios ha llegado a las mismas conclusiones y ha pedido a los Estados, incluido El Salvador, que garanticen que los niños migrantes no sean detenidos por migraciones irregulares, ya sean no acompañados o con familiares, en cuyo caso las familias no deben ser separadas<sup>47</sup>. De hecho, el Comité prohíbe la criminalización de la migración irregular y, en consecuencia, la privación de libertad como castigo por violar las leyes migratorias:

El Comité considera que cruzar la frontera de un país de manera no autorizada o sin la documentación adecuada, o el quedarse más tiempo en un permiso de estadía no constituye un delito. La criminalización de la entrada irregular en un país excede el interés legítimo de los Estados parte de controlar y regular la migración irregular, y conduce a una detención innecesaria. Si bien la entrada y la estancia irregulares pueden constituir delitos administrativos, no son delitos *per se* contra personas, bienes o seguridad nacional<sup>48</sup>.

En este contexto, el Comité reitera el principio de que la detención de migrantes solo puede ser una medida excepcional de último recurso que se basa en una evaluación detallada e individualizada, incluso para adultos. El recurso a la privación de libertad, en este contexto, en la práctica, casi nunca puede ser proporcional a los objetivos deseados, dado que las medidas menos coercitivas, intrusivas y restrictivas sin custodia pueden y deben ser puestas a disposición por las autoridades para tratar asuntos administrativos que por su naturaleza no pueden implicar el mismo nivel de excepcionalidad que los delitos penales, según el derecho internacional<sup>49</sup>.

Además, como se ha señalado, incluso en términos de delitos penales, el Comité de los Derechos del Niño solo autoriza la detención de niños en casos de delitos graves. Tratar a los niños migrantes de manera diferente, en el sentido de someterlos a detención por su estatus migratorio o el de sus padres, y en efecto por otros delitos administrativos, violaría el principio de no discriminación de las normas internacionales de derechos humanos. Como enfatizó el Comité ya en 2005, el disfrute de los derechos estipulados en el CRC “no se limita a los niños que son ciudadanos de un Estado parte y, por lo tanto, si no se establece explícitamente lo contrario en la Convención, también debe estar disponible para todos los niños, incluidos los niños solicitantes de asilo, refugiados y migrantes, independientemente de su nacionalidad, estatus migratorio o su condición de apátrida”<sup>50</sup>.

El principio de no detención de niños migrantes, solicitantes de asilo y refugiados ha sido confirmado inequívocamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 21/2014, que reiteró los principios reales internacionales antes mencionados que exigen que “Los delitos relacionados con la entrada o la estancia en un país no pueden, bajo ninguna circunstancia, tener las mismas consecuencias o consecuencias similares a las derivadas de la comisión de un delito”<sup>51</sup>. Además, en 2014, la Declaración y el Plan de Acción de Brasil fueron adoptados por los 28 Estados y tres territorios de América Latina y el Caribe que reconocieron que la privación de la libertad de los niños migrantes es “arbitraria” y que las alternativas para asegurar la protección y el cuidado de los niños deben ser promovidas<sup>52</sup>.

Además, debe señalarse que, en lo que respecta a la aplicabilidad de las normas legales internacionales antes mencionadas a los niños migrantes no acompañados, en comparación con los niños migrantes que están acompañados por familiares, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el anterior relator especial han encontrado que no debería haber distinción en términos de asegurar que no se produzca la privación de libertad. Más precisamente:

Cuando los niños están acompañados, la necesidad de mantener unida a la familia no es razón suficiente para legitimar o justificar la privación de libertad de un niño... El relator especial comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que, cuando el interés superior del niño requiere mantener a la familia unida, el requisito imperativo de no privar al niño de

la libertad se extiende a los padres del niño y exige que las autoridades elijan medidas alternativas a la detención para toda la familia<sup>53</sup>.

Si bien la llamada “crisis migratoria” de los últimos años ha llevado a un aumento de la defensa con respecto a los derechos humanos de los migrantes en general, y con respecto a la necesidad de poner fin específicamente a la migración infantil, lamentablemente muchos Estados no están cumpliendo con sus obligaciones legales internacionales. Al tratar de hacerlo en el futuro, será esencial que las autoridades se aseguren de que las soluciones sean integrales y se funden en políticas basadas en los derechos humanos, particularmente en términos de proporcionar alternativas adecuadas a la detención y abordar las causas fundamentales.

## 6 NIÑOS DETENIDOS EN OTRAS INSTITUCIONES

En todo el mundo, incluso en los países latinoamericanos, los niños también se ven privados de su libertad en las instituciones de salud o asistencia social, incluidos los orfanatos y las instalaciones diseñadas para albergar a niños con discapacidades, pues sufren violaciones graves de sus derechos humanos, incluidos los abusos físicos y sexuales, a manos de las autoridades y del personal que trabaja en las instituciones<sup>54</sup>. Según estimaciones conservadoras, entre ocho y diez millones de niños se encuentran actualmente recluidos en esas instituciones en todo el mundo<sup>55</sup>. Es esencial reconocer que, muchas veces, la violación de los derechos humanos a los niños detenidos en instituciones es, de hecho, el resultado de omisiones, comportamientos negligentes o políticas equivocadas, en lugar de una simple intención de degradar, humillar, castigar o maltratar o infligir dolor en la víctima infantil.

Tal comportamiento negligente se puede caracterizar, por ejemplo, por no proporcionar a los niños espacios de vida adecuados o programas recreativos, involucrar a los niños en niveles intelectuales y emocionales, o tomar todas las medidas razonables para proteger la integridad física y mental del niño, lo que puede causar graves trastornos. Dolor y sufrimiento que se encuentran en el umbral de los malos tratos según las normas internacionales de los derechos

humanos<sup>56</sup>. A veces, como en el caso de alto perfil del incendio en el orfanato del Hogar Seguro Virgen de la Asunción de Guatemala, en el que murieron decenas de niñas, la combinación de abuso y abandono puede llevar a la pérdida de la vida de manera totalmente catastrófica<sup>57</sup>.

Cuando el maltrato que se realiza a los niños privados de libertad en instituciones es el resultado de la discriminación, incluso podría constituir tortura. Esto es particularmente cierto en los casos en que los niños con discapacidades son privados de libertad debido a su comportamiento o por recibir un tratamiento especializado, que a menudo toma la forma de intervenciones médicas forzadas y prácticas médicas no consentidas<sup>58</sup>. A menudo, los niños detenidos en instituciones, y particularmente cuando muestran problemas de comportamiento o el llamado comportamiento “antisocial”, son medicados en exceso con drogas psicotrópicas, que también se conocen como restricciones químicas<sup>59</sup>.

Cuando el dolor y el sufrimiento infligidos a los niños son graves, y cuando las autoridades son o deberían haber sido conscientes de la situación, el Estado tiene la obligación fundamental de recurrir a la debida diligencia para tomar todas las medidas razonables para proteger la integridad física y mental del niño, y puede y debe ser responsable en caso de no hacerlo. Como tal, las obligaciones de los Estados de prevenir la tortura y otros malos tratos se aplican no solo a los funcionarios públicos, sino también a los médicos, profesionales de la salud, trabajadores sociales y otros empleados que trabajan en entornos privados, ya sean hospitales, orfanatos, residencias de tratamientos u otros centros terapéuticos y escuelas u otras instituciones de atención social<sup>60</sup>.

Tal como lo aclara el relator especial en su informe de 2013 sobre la tortura en entornos de atención médica, estas situaciones generan desigualdades estructurales inherentes a la privación institucional de la libertad, así como el desequilibrio de poder entre los profesionales de la salud y las personas privadas de libertad. Esto además se ve agravado por el estigma y la discriminación, que a menudo hacen que los niños con discapacidades sean desproporcionadamente vulnerables a ser sometidos a torturas u otros malos tratos<sup>61</sup>.

Las salvaguardas clave contra este tipo de comportamiento son la presencia de personal multidisciplinario y altamente calificado, que esté rigurosamente

capacitado para tratar con niños, y la disponibilidad de mecanismos de denuncia confidenciales adecuados a las autoridades independientes.

Los niños detenidos en instituciones, ya sean instalaciones médicas u orfanatos u otras de “atención” social, a veces son medicados como un medio para aliviar el aburrimiento experimentado debido a la falta de actividades tanto educativas como recreativas<sup>62</sup>. En tales casos, los niños pueden pasar la mayor parte del tiempo confinados en camas o celdas de retención, a veces bajo restricciones físicas. Si bien los Estados pueden invocar la falta de recursos para tales abusos, que a menudo pueden equivaler a malos tratos e incluso a torturas, esto no puede ser una excusa para absolver a las autoridades de sus responsabilidades para garantizar que los niños en cuestión sean tratados humanamente y no sean sometidos a cualquier forma de maltrato.

Existe un consenso cada vez mayor entre los expertos de que la mejor manera de garantizar que los niños no sean sometidos a torturas u otros malos tratos en las instituciones es desarrollar y establecer alternativas adecuadas basadas en la familia y la comunidad al cuidado institucional. De hecho, las normas internacionales de los derechos humanos reconocen el hecho de que todos los niños, incluidos aquellos con discapacidades, “son mejor atendidos y cuidados dentro de su propio entorno familiar”<sup>63</sup>, y el Comité de los Derechos del Niño ha pedido a los Estados que desinstitucionalicen a los niños a favor de colocarlos con familias (ya sean biológicas, extendidas o de acogida) y, además, se brinde apoyo sistémico a las familias para que puedan incluir al niño en sus hogares<sup>64</sup>.

Aunque reconoce que “no todas las familias son seguras, educativas y protectoras, y en ocasiones es posible que sea necesaria una atención familiar alternativa o una atención estatal a corto plazo para los niños”, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece inequívocamente que todos los niños tienen derecho a ser atendidos por sus padres, excepto cuando una separación sea en su mejor interés<sup>65</sup>. En tales casos, el Comité exhorta a los Gobiernos a “realizar todos los esfuerzos posibles para proporcionar cuidados alternativos dentro de la familia en general, y en su defecto, dentro de la comunidad en un entorno familiar”<sup>66</sup>. De hecho, la investigación demuestra claramente que la institucionalización de los niños es inherentemente dañina, incluso cuando las condiciones son adecuadas y no hay un maltrato aparente en curso. Como señaló el relator especial sobre el derecho a la salud, el hecho mismo

de la institucionalización es intrínsecamente perjudicial para los niños, lo que produce impactos profundamente negativos en su salud y desarrollo, ya que tal daño suele ser de naturaleza psicológica y, por lo tanto, en gran parte “invisible” en muchas instancias<sup>67</sup>.

En este contexto, los expertos han pedido en repetidas ocasiones a los Estados que aseguren que se garantice a todos los niños el derecho a la vida en entornos familiares, independientemente del alcance de sus necesidades de apoyo. Las Directrices de las Naciones Unidas para el cuidado alternativo de los niños declaran expresamente que los Estados deben tomar todas las medidas legislativas, políticas y financieras para proporcionar opciones de cuidado alternativo adecuadas que otorguen prioridad a las soluciones basadas en la familia y la comunidad, con el fin de satisfacer las necesidades de salud, desarrollo, emocionales, sociales y otras de todos los niños de conformidad con el derecho internacional<sup>68</sup>.

Si bien ese apoyo podría ser costoso —por ejemplo, requerir la provisión y financiamiento de atención personal las 24 horas del día—, es esencial garantizar que los niños no sufran malos tratos en contra de la prohibición legal internacional de la tortura y otros malos tratos. Como explica un experto:

Dadas las lecciones aprendidas sobre los peligros inherentes de las instituciones y la existencia de modelos para evitar tales colocaciones, la colocación de un niño en una institución nunca alcanzará su “mejor interés”. Cualquier situación que requiera la colocación [en instituciones] de “último recurso” se deriva de la falla del sistema de servicio para brindar el apoyo y la atención familiar que el niño necesita, y es necesario para protegerse contra los malos tratos o la tortura<sup>69</sup>.

Con el fin de respetar y garantizar el derecho fundamental de todos los niños a crecer en un entorno familiar cariñoso y amoroso donde puedan vincularse con sus cuidadores y establecer relaciones sanas, los Estados deben tomar medidas destinadas a apoyar a las familias y construir comunidades inclusivas, y desarrollar y reforzar capacidades de autogestión. Algunas medidas recomendadas incluyen, por ejemplo, el desarrollo de recursos familiares y programas de capacitación destinados a ayudarlos a construir y mantener un apoyo adecuado a nivel comunitario; y garantizar asignaciones presupuestarias suficientes para los programas y medidas destinados a lograr la desinstitucionalización y el cuidado alternativo basado en la familia y la comunidad.

## 7 CONCLUSIÓN: RESPONDIENDO A LOS DESAFÍOS ACTUALES EN AMÉRICA LATINA BUSCANDO SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Los estudios realizados durante la última década han indicado que la violencia y los delitos cometidos por los “jóvenes” en América Latina pueden estar en aumento, algo que han identificado como un “problema social” acuciante que conlleva costos de gran envergadura, en particular con la adolescencia, con mayores riesgos tanto para la “violencia como para la victimización”<sup>70</sup>.

En este contexto, y en vista del hecho de que las respuestas a la violencia juvenil, la comisión de delitos de estatus, la “delincuencia” juvenil y las demostraciones de la llamada “conducta antisocial” siguen dependiendo erróneamente del encarcelamiento o la institucionalización, el desarrollo de ambas estrategias preventivas y alternativas a la detención son esenciales.

La evidencia científica demuestra que tales estrategias son muy superiores a la detención de niños, mientras que el impacto negativo de esta última tanto en los niños privados de libertad como en las sociedades en general ha sido demostrado a menudo. Sin embargo, la detención de niños sigue siendo el patrón de respuesta en muchos, si no la mayoría, de los casos.

De hecho, debido a una serie de factores que incluyen tasas crecientes de violencia, la opinión pública y la falta de comprensión de la vulnerabilidad única de los niños, incluidos los adolescentes, y de los factores causales que conducen a la mala conducta de los jóvenes, en los últimos años se han realizado esfuerzos incluso para reducir la edad mínima de responsabilidad penal en algunas jurisdicciones, incluyendo Uruguay y Brasil<sup>71</sup>.

Dicha respuesta indica una incapacidad perjudicial para reconocer el hecho de que “los niños están menos desarrollados emocional y psicológicamente que los adultos, [lo que los hace] menos responsables de sus acciones, y [su] sentencia debe reflejar siempre los principios de rehabilitación y reintegración en la sociedad”<sup>72</sup>.

En el futuro, será particularmente importante para los Estados comprender el hecho de que los niños que exhiben el llamado comportamiento “antisocial”,

en particular, típicamente tienen problemas familiares, abuso o negligencia, aprendizaje u otras discapacidades cognitivas, o responden a eventos estresantes de la vida, como la muerte de un padre, el divorcio o el abuso sexual<sup>73</sup>. Estos niños son más susceptibles a exhibir conductas delictivas y socialmente inaceptables, a abusar de las drogas o el alcohol y a terminar en instituciones de bienestar social en las prisiones, una respuesta que tiende a exacerbar las causas fundamentales y perpetuar el ciclo de violencia. Se deben buscar, entonces, soluciones alternativas apropiadas, incluido el tratamiento como la terapia multisistémica, la terapia familiar funcional y la terapia cognitivo-conductual, aunque pueden ser muy intensivas en recursos y tiempo, e idealmente deben involucrar a la familia del niño<sup>74</sup>.

Las respuestas holísticas, preventivas y alternativas son las únicas que prestarán atención a la evidencia primordial de que privar a los niños de su libertad es costoso, ineficaz y, tal como lo explicó el anterior relator especial sobre la tortura, la mayoría de las veces resulta en violaciones de sus derechos humanos, incluida la tortura u otros malos tratos<sup>75</sup>. Estas respuestas de los Estados de América Latina también son las únicas que cumplirán con las obligaciones legales ampliamente reconocidas por el sistema interamericano de derechos humanos, que exhorta a que “los menores no pueden ser castigados porque están en riesgo [...] porque necesitan trabajar para ganarse la vida, o porque no tienen un hogar y, por lo tanto, tienen que vivir en las calles”, al tiempo que les permitirán a los Estados cumplir sus obligaciones fundamentales de prevenir la violencia y rehabilitar a los niños “con medios adecuados para el crecimiento y la realización personal”<sup>76</sup>, conduciendo a comunidades más seguras y más justas.

## NOTAS AL PIE

2. Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. De conformidad con las Reglas de La Habana para la protección de los menores privados de la libertad: Asamblea General de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad*, adoptadas el 2 de abril de 1991. (A/RES/45/113), p. 11.
3. “Un niño” se refiere a cualquier persona menor de 18 años. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989. (A/RES/44/25), art. 1.
4. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, 5 de marzo de 2015, (A/HRC/28/68).
5. Eric Rosenthal, “A Mandate to End Placement of Children in Institutions and Orphanages: The Duty of Governments and Donors to Prevent Segregation and Torture” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en: [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
6. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 16.
7. Ídem.
8. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Ending the Placement of Children under Three in Institutions: Support Nurturing Families for All Young Children* (2013).
9. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 70.
10. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal*, 25 de septiembre de 2014, (A/C.3/69/L.5).
11. Hiranthi Wijemanne, “Protecting the Rights of Children Deprived of their Liberty” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, 123, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
12. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*
13. Ian M. Kysel, “Reflections on a New Tool for Protecting the Rights of the Child” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, 29, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
14. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Preámbulo.
15. Ursula Kilkelly, “Translating International Children’s Rights Standards into Practice: the Challenge of Youth Detention” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, 43, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
16. Ídem.

17. Ídem.
18. *Irlanda vs. El Reino Unido*, 5310/71, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de diciembre de 1977, p. 167.
19. Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, *Niños Privados de Libertad - Estudio Global de las Naciones Unidas* (disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/StudyChildrenDeprivedLiberty/Pages/Index.aspx>). Vea también *NGO Panel for the Global Study on Children Deprived of Liberty* (disponible en <https://childrendeprivedofliberty.info/>).
20. Naciones Unidas, 12º Congreso de los Estados Unidos sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, *Los niños, los jóvenes y la delincuencia: documento de trabajo preparado por la Secretaría*, 15 de febrero de 2012. (A/CONF.213/4), p. 23.
21. Michael García Bochenek, Human Rights Watch, *Niños entre rejas: El abuso global de la detención de menores* (disponible en [https://www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_essay\\_children\\_in\\_detention\\_spanish\\_pdf.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_essay_children_in_detention_spanish_pdf.pdf)).
22. *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 37 (b).
23. *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 40, p. 3(b) y (4).
24. Asamblea General de las Naciones Unidas, *El estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños*, 29 de agosto de 2006 (A/61/299), p. 112.
25. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 13 de julio de 2011 (OEA/Ser.L/V/II.Doc.78), p. 78. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>.
26. Marta Santos Pais y Ann-Kristin Vervik, “Normative Developments and Legal Framework: The United Nations Model Strategies and Practical Measures on the Elimination of Violence against Children in the Field of Crime Prevention and Criminal Justice” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en: [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
27. Michael Garcia Bochenek, “The Global Overuse of Detention of Children,” in *Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem* (American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D.C., 2013), Disponible en: [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf).
28. Ursula Kilkelly, *op. cit.*
29. Hiranthi Wijemanne, *op. cit.*, pp. 126-127.
30. *Informe conjunto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños en la prevención y respuesta a la violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil, 27 de junio de 2012 (A/HRC/21/25), pp. 52-55.
31. Marta Santos Pais y Ann-Kristin Vervik, *op. cit.*, p. 159.
32. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 84(f).
33. *Ibid.*, p. 74.
34. *Ibid.*, p. 86(a).
35. *Ibid.*, p. 86(f).
36. *Ibid.*, p. 86.
37. Ton Liefwaard, “Access to Justice for Children Deprived of Their Liberty” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
38. Defence for Children International Belgium, *Monitoreando de los lugares donde los niños son privados de libertad: una Guía Práctica* (disponible en <https://defenceforchildren.org/wp-content/uploads/2016/02/DCI-Practical-GuideEN.pdf>, 2016).
39. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 80.
40. Pablo Ceriani Cernadas, “The Principle of No-Detention of Migrant Children in International Human Rights Law” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
41. Esto se debe a que no puede considerarse “absolutamente esencial para garantizar la comparecencia de niños en procedimientos de inmigración o para implementar una orden de deportación” (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 80).
42. *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 37(b).
43. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 80. *Popov v. France*, Aplicaciones. 39472/07 & 39474/07, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2012, p. 91.
44. *The Rights of All Children in the Context of International Migration*, Día de debate general, documento de antecedentes, septiembre de 2012, Ginebra, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/Pages/Discussion2012.aspx>.
45. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Turquía*, 31 de mayo de 2016 (CMW/C/TUR/CO/1), p. 48. Vea también Comité de los Derechos del Niño de la ONU, *Observaciones finales sobre el Reino Unido e Irlanda del Norte*, 12 de julio de 2016. (CRC/C/GBR/CO/5), p. 76-77.
46. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre México*, 3 de julio de 2015 (CRC/C/MEX/CO/4-5), p. 59-60.
47. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales sobre El Salvador*, 2 de mayo de 2014. (CMW/C/SLV/CO/2), p. 49.
48. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observación general N.º 2 sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios en Situaciones Irregulares y de sus Familiares*, 28 de agosto de 2013 (CMW/C/GC/2), p. 24.

49. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 80.
50. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación general N.º 6 sobre el Tratado de los Niños No Acompañados y Separados Fuera de su País de Origen*, 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6), p. 12.
51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de los niños en el contexto de la migración y/o que necesitan protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A No.21, p. 150.
52. Romina I. Sijniensky, “The Inter-American Court of Human Rights Standards Towards the Universality of a Rule of Non-Detention of Migrant, Asylum-Seeker, and Refugee Children” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
53. El informe del relator especial continúa señalando que si bien el relator especial reconoce que, en ciertas circunstancias, es posible que los Estados ubiquen a los niños en un refugio u otro alojamiento cuando se basa en el propósito del cuidado, la protección y el apoyo de los niños, esto “No debe convertirse en un poder para ampliar las restricciones innecesarias a la libertad de los niños migrantes y sus familias” (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 80).
54. Ver, por ejemplo, Disability Rights International, *No Justice: Torture, Trafficking, and Segregation in Mexico*, 22 de julio de 2015 (disponible en: [https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Sin-Justicia-MexRep\\_21\\_Abr\\_english-1.pdf](https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Sin-Justicia-MexRep_21_Abr_english-1.pdf)).
55. Eric Rosenthal, *op. cit.*, p. 303.
56. *Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem* (American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, at xii-xiii, Washington D. C., disponible en: [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
57. Eric Rosenthal, “The Guatemala Fire Tragedy Shows Why It’s Time To Get Rid of Orphanages” (*Washington Post*, disponible en [https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2017/03/22/the-guatemala-fire-tragedy-shows-why-its-time-to-get-rid-of-orphanages/?utm\\_term=.c9d715b5368a](https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2017/03/22/the-guatemala-fire-tragedy-shows-why-its-time-to-get-rid-of-orphanages/?utm_term=.c9d715b5368a), 22 de marzo de 2017).
58. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 53.
59. *Ibid.*, p. 57.
60. *Ibid.*, p. 50, 55.
61. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes* (Manfred Nowak, U.N. Doc. A / 63/175, 28 de julio de 2008).
62. Consejo de Europa, *Children’s rights and the European Committee for the Prevention of Torture* (disponible en <https://rm.coe.int/168045d229>, junio de 2012).
63. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, *Observación general N.º 9 (2006): Los derechos de los niños con discapacidad*, 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, p. 41.
64. Shantha Rau Barriga, Jane Buchanan, Emina Čerimović y Kriti Sharma, *Children with Disabilities: Deprivation of Liberty in the Name of Care and Treatment* (American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013).
65. Human Rights Watch, *Children with disabilities: Deprivation of liberty in the name of care and treatment* (disponible en [https://www.hrw.org/news/2017/03/07/children-disabilities-deprivation-liberty-name-care-and-treatment#\\_ftnref35](https://www.hrw.org/news/2017/03/07/children-disabilities-deprivation-liberty-name-care-and-treatment#_ftnref35)).
66. Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 24 de enero de 2007, A / RES / 61/106, art. 23 (5). El mismo artículo también establece que “en ningún caso se separará a un niño de los padres debido a una discapacidad del niño o de ambos padres”.
67. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 11 de febrero de 2005. E/CN.4/2005/51, p. 7.
68. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices para el cuidado alternativo de los niños*, adoptada el 24 de febrero de 2010. A/RES/64/142.
69. Eric Rosenthal, “A Mandate to End Placement of Children in Institutions and Orphanages: The Duty of Governments and Donors to Prevent Segregation and Torture” (*Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, Washington D. C., disponible en: [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting\\_Children\\_From\\_Torture\\_in\\_Detention.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2017/03/Protecting_Children_From_Torture_in_Detention.pdf), 2013), p. 350.
70. Laura Chioda, Grupo del Banco Mundial, *Stop the Violence in Latin America: A Look at Prevention from Cradle to Adulthood* (disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25920/210664ov.pdf>, 2016); Nancy Guerra, *Youth Crime Prevention* (disponible en: [https://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/2sesion\\_especial/BANCO%20MUNDIAL/Final\\_Youth\\_%20Violence\\_%20Prev\\_%20ENG.pdf](https://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/2sesion_especial/BANCO%20MUNDIAL/Final_Youth_%20Violence_%20Prev_%20ENG.pdf), 2005); Ignacio Munyo, *Youth Crime in Latin America: Key Determinants and Effective Public Policy Responses* (Brookings Institution, disponible en <https://www.brookings.edu/research/youth-crime-in-latin-america-key-determinants-and-effective-public-policy-responses/>, 15 de noviembre de 2013).
71. Angela Boldrini, “Support for Reducing Age of Criminal Responsibility to 16 in Serious Crimes Grows in Brazil” (*Folha de S.Paulo*, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2018/01/1947963-support-for-reducing-age-of-criminal-responsibility-to-16-in-serious-crimes-grows-in-brazil.shtml>, 1 de abril de 2018).
72. Oficina del Alto Comisionado, *Experto en derechos de la ONU insta a Brasil a no reducir la edad de responsabilidad penal* (disponible en: <http://acnudh.org/experto-en-derechos-de-la-onu-insta-a-brasil-a-no-disminuir-la-edad-de-responsabilidad-penal/>, 17 de agosto de 2016).
73. Psychology Encyclopedia, *Antisocial Behavior: Causes and Characteristics, Treatment* (disponible en <http://psychologyjrank.org/pages/37/Antisocial-Behavior.html#ixzz4pByPuT00>).
74. National Mental Health Association, *Mental Health Treatment for Youth in the Juvenile Justice System: A Compendium of Promising Practices* (disponible en [https://www.nttac.org/views/docs/jabg/mhcurriculum/mh\\_mht.pdf](https://www.nttac.org/views/docs/jabg/mhcurriculum/mh_mht.pdf), 2004).
75. *Protecting Children Against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem* (American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law, Anti-Torture Initiative, at xi, Washington D. C., 2013).
76. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 66.

capítulo



**LA INDEPENDENCIA DE LOS  
MECANISMOS NACIONALES PARA  
LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA A  
LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL  
Y EXPERIENCIA COMPARADA**

**Paulina** Zamorano Valenzuela<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Postítulo en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Email: paulina.zamorano@gmail.com

## RESUMEN

El presente artículo analiza el concepto de independencia de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura contemplado en el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT), a la luz de los Principios de París y estándares internacionales. De conformidad al OPCAT, la independencia debe ser funcional, personal y financiera, y de acuerdo a los Principios de París y estándares internacionales, la independencia se traduce en que la composición y el nombramiento de sus miembros se ajuste a un procedimiento que ofrezca garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de la sociedad civil, que dispongan de recursos suficientes e infraestructura adecuada, y que los miembros puedan cumplir con su mandato de manera estable. Luego, a través del estudio de casos latinoamericanos que han regulado e implementado el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, se pudo evidenciar la brecha existente entre la ley y la práctica, por cuanto han señalado que son independientes pero mantienen graves falencias en la implementación de dicha independencia.

**Palabras clave:** Independencia – Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura (MNP) – Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT) – Implementación MNP – Los Principios de París.

## ABSTRACT

This article analyses the independence of National Preventive Mechanisms against Torture (NPMs), established in the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT), in light of the Paris Principles and international standards. Pursuant to the OPCAT, independence must be functional, personal and financial. According to the Paris Principles and international standards, independence means that the composition and appointment of members of NPMs must be conducted in accordance with procedures guaranteeing the pluralistic representation of civil society, the availability of sufficient resources and adequate infrastructure, and that members fulfil their mandate in a stable manner. This article analyses countries in Latin America that have successfully implemented and regulated NPMs.

**Key words:** Independence – National Preventive Mechanisms against Torture (NPMs) – Optional Protocol to the Convention against Torture (OPCAT) – Implementation of the NPM – The Paris Principles.

# LA INDEPENDENCIA DE LOS MECANISMOS NACIONALES PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA A LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EXPERIENCIA COMPARADA

El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT) fue adoptado por Naciones Unidas en 2002, con la finalidad de prevenir la tortura y otros malos tratos a través de visitas periódicas y sin previo aviso a los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad. Para ello, el OPCAT creó un órgano internacional, el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), y otro nacional, el Mecanismo Nacional para Prevención Tortura (MNP), los cuales tienen por función realizar visitas a lugares de privación de libertad y establecer un diálogo con las autoridades para mejorar las condiciones de privación de libertad.

Los Estados, de conformidad a su contexto político y nacional, podrán optar por crear una nueva institución que desempeñará las funciones de MNP, designar a una ya existente, o bien mantener como MNP a una institución que ya se encontraba cumpliendo dichas funciones. Dicha definición está entregada a cada Estado según su marco normativo y su desarrollo institucional. Sin embargo, se deberá garantizar la independencia funcional, personal y financiera de tal institución porque constituye uno de sus pilares fundamentales; en caso contrario, no podría cumplir de manera eficaz su mandato preventivo.

Este estudio aborda la pregunta acerca de cuáles son los criterios mínimos que los Estados deben tener en consideración para asegurar la autonomía e independencia de los MNP. Para ello, se comienza con una breve explicación acerca del fundamento y las principales funciones del MNP a la luz del OPCAT y el desarrollo doctrinal en la materia. Posteriormente, se aborda la independencia del MNP y la remisión del OPCAT a los Principios de París y, por último, las formas institucionales que pueden adoptar los MNP, la experiencia comparada latinoamericana en la instalación del MNP y la configuración de su autonomía.

# 1 FUNDAMENTO Y PRINCIPALES FUNCIONES DEL MECANISMO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

El OPCAT se creó para dar cumplimiento a los artículos 2 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que establecen la obligación de los Estados de implementar todas aquellas medidas que permitan prevenir la tortura. Desde el preámbulo del Protocolo, se establece que la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y malos tratos se fortalece por medios no judiciales de carácter preventivo a través de las visitas. De este modo, la idea de la prevención de la tortura es la razón principal de la existencia del Protocolo, lo que conlleva el deber de los Estados de actuar de manera proactiva y con anticipación y no cuando esta ya se ha ocasionado<sup>2</sup>.

De esta manera, el OPCAT establece un sistema de visitas periódicas a los lugares en que se encuentren personas privadas de libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este sistema se basa en dos órganos independientes: uno internacional, creado por el mismo OPCAT, el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), conformado por expertos internacionales, con el mandato de programar visitas a lugares de detención y hacer recomendaciones a los Estados partes; y otro nacional, el Mecanismo Nacional para Prevención Tortura (MNP), con el mandato de examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad con miras a fortalecer la prevención contra la tortura, realizar recomendaciones a las autoridades competentes, y hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación existente o de los proyectos de ley que existan en la materia<sup>3</sup>. Estos órganos actúan coordinadamente para prevenir la tortura a través de dos aspectos fundamentales: el efecto disuasivo de las visitas periódicas, planificadas o intempestivas a los lugares donde las personas se encuentran privadas de libertad y la instauración de un diálogo con las autoridades estatales mediante sus informes o recomendaciones<sup>4</sup>.

El proceso de construcción del sistema de prevención de la tortura convirtió al MNP en el nuevo actor nacional con legitimación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>5</sup> confiriéndole dos importantes particularidades: por una parte, se encarga de supervisar la correcta aplicación de una norma internacional, esto es, visitar centros de detención a la luz de los parámetros establecidos en la Convención contra la Tortura<sup>6</sup> y, por otra, logra lo que los organismos internacionales de derechos humanos no habían logrado hasta el momento: la participación regular de las autoridades estatales en la aplicación de un tratado internacional de derechos humanos<sup>7</sup>.

El sistema de visitas preventivas a cargo del MNP permite abordar una de las mayores críticas que se han impuesto sobre los diferentes mecanismos internacionales de visita de Naciones Unidas: garantizar de manera permanente el cumplimiento un tratado<sup>8</sup>. Esto es así dado que, por razones presupuestarias y humanas, el SPT no habría podido visitar con cierta frecuencia y periodicidad todos los lugares de privación de los Estados que ratificaron el Protocolo, ni tampoco habría podido darle el adecuado seguimiento a sus recomendaciones, por lo que la creación del MNP permitió superar lo que hubiese significado uno de los obstáculos prácticos del SPT<sup>9</sup>.

El OPCAT contempla tres funciones mínimas del MNP. La más importante consiste en la realización de visitas periódicas y sin previo aviso a los lugares de privación de libertad por cuanto constituye el pilar sobre el cual descansa el sistema internacional de prevención de la tortura y uno de los mayores desincentivos para la comisión de la tortura<sup>10</sup>. Así también, el MNP debe efectuar recomendaciones al Estado acerca de los problemas detectados en las visitas, así como respecto de los más diversos temas que tengan relación con el sistema de privación o restricción de libertad, y luego darles seguimiento para verificar si se cumplieron. Por último, el MNP debe proponer modificaciones legislativas en materia de tortura y de privación de libertad, intervenir en la discusión de proyectos de ley y sugerir políticas públicas con una mirada global y sensible acerca de las causas estructurales que generan o propician la comisión de actos de tortura o malos tratos<sup>11</sup>. Por tanto, estas tres funciones se encuentran interrelacionadas, siendo esenciales para una eficaz prevención de la tortura<sup>12</sup>.

## 2 INDEPENDENCIA DEL MECANISMO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA

La independencia constituye el principal requisito del MNP, por lo que fue uno de los temas más relevantes que se discutieron durante el proceso de acuerdo y redacción del OPCAT. En dicha oportunidad, se sostuvo que la independencia del MNP le otorgaría credibilidad, lo cual permitiría el cumplimiento eficaz de su mandato<sup>13</sup>. La independencia del MNP es de tal importancia que, sin ella, los MNP no podrían ser los socios nacionales del SPT, el sistema perdería efectividad y, junto a ello, el OPCAT se convertiría en otro tratado regular de derechos humanos<sup>14</sup>.

El OPCAT dispone que los MNP deben gozar de independencia funcional, personal y financiera<sup>15</sup>. La independencia funcional o autonomía operativa significa que los expertos y miembros del MNP deben poder actuar sin interferencia de las autoridades del Estado, partidos políticos, funcionarios a cargo de los recintos de privación de libertad, entre otros; esto implica que el MNP debe ejercer sus funciones sin la autorización o la venia de otras reparticiones o autoridades públicas, así como también respecto de la misma institución de derechos humanos cuando se encuentre inserto en ella<sup>16</sup>.

La autonomía personal de los miembros del MNP consiste en la independencia de los miembros en el ejercicio de sus funciones, para lo cual deben ser percibidos como independientes tanto por la sociedad como por las autoridades<sup>17</sup>. Esto se garantiza a través de los mecanismos de designación y remoción de los miembros del MNP, por lo que los Estados deben asegurar la realización de consultas a los actores interesados, incluyendo a la sociedad civil, respetando las reglas básicas de transparencia y adecuada elección, propiciándose las instancias de participación y control por parte de la ciudadanía<sup>18</sup>. De este modo, mientras más transparente y participativo sea el mecanismo de designación y remoción de los miembros del MNP, mayor será su legitimidad en el momento de actuar<sup>19</sup>.

Por otra parte, la independencia financiera significa que los MNP deben ser autónomos para disponer de su propio presupuesto, pudiendo decidir libremente acerca de cómo se van a distribuir dichos recursos, sin necesidad de autorización

o aprobación gubernamental o Estatal<sup>20</sup>. Según la Asociación para la Prevención de la Tortura, el otorgamiento de recursos financieros y logísticos a los MNP es crucial toda vez que permite la eficaz implementación de los mandatos de prevención de los MNP<sup>21</sup>.

Cuando el órgano a cargo del MNP realice además otras funciones, el Estado debe asegurar que cuando ejerza su rol de MNP lo haga en una dependencia o departamento distinto, que cuente con su propio personal y financiamiento<sup>22</sup>, en aras a la eficacia<sup>23</sup>. De este modo, las instituciones nacionales que ejerzan la labor de MNP deben ser independientes no solo respecto del Estado, sino que también de la institución nacional de derechos humanos; por tanto, las solicitudes de presupuesto y planes de trabajo deben ser presentados ante las autoridades de manera separada<sup>24</sup>.

Si bien el financiamiento de los MNP constituye un deber para los Estados, en la práctica, existen casos en los que no disponen de recursos suficientes para llevar a cabo su monitoreo regular a los lugares de detención (a modo de ejemplo, Mali, Liberia o Nigeria), por lo que se ven forzados a buscar fuentes externas de financiamiento. De este modo, el Fondo Especial contemplado en el OPCAT representa una de las mejores oportunidades para contribuir en el trabajo que desarrollan los MNP<sup>25</sup>.

### • Remisión a principios de París: Estándares internacionales

El OPCAT dispone que los Estados, al crear o designar un MNP, deberán tener en consideración los *Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*<sup>26</sup>, también conocidos como los Principios de París. Estos se crearon en 1991 en el seno de una reunión a la que asistieron representantes de Naciones Unidas, ONG y expertos internacionales con la finalidad de establecer el mínimo que debían cumplir las instituciones de derechos humanos (INDH)<sup>27</sup>. El organismo encargado de velar por el cumplimiento de los Principios de París es el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (CIC)<sup>28</sup>, que tiene por finalidad promover y fortalecer las instituciones nacionales de derechos

humanos, así como proporcionarles liderazgo en la promoción y protección de los derechos humanos<sup>29</sup>.

En torno a la composición y garantías de independencia y pluralismo, los Principios de París estipulan que el nombramiento de los miembros de estas instituciones deberá ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales. Así pues, se requiere la participación de representantes de las ONG que se dedican a la promoción y protección de los derechos humanos, representantes de la academia o universidades y representantes de Parlamento. En cuanto a los miembros designados por la administración o el Ejecutivo, estos solo pueden participar a título consultivo en la institución de derechos humanos<sup>30</sup>.

En efecto, la independencia es una de las cuestiones más polémicas al diseñar una institución nacional de derechos humanos<sup>31</sup>. En este sentido, su independencia dependerá de al menos nueve aspectos: “base estatutaria, proceso de nombramiento, criterios de afiliación, mandato, disposiciones sobre conflicto de intereses, remuneración, inmunidades de que disfrutaban los miembros de la institución, si pueden o no recibir directamente instrucción del Gobierno y el procedimiento para la destitución de un miembro”<sup>32</sup>.

A este respecto, la literatura ha diseñado una escala de salvaguardas que permiten preservar la independencia de las INDH: en primer lugar, deben estar establecidas en la ley o en la Constitución; en segundo lugar, los miembros no deben ser designados por el Ejecutivo ni por representantes del Gobierno y, en tercer lugar, los miembros deben gozar de inmunidad en el ejercicio de sus funciones<sup>33</sup>. De este modo, si en la elección de los miembros de una institución de derechos humanos interviene el Ejecutivo, entonces se comprometería la autonomía e independencia de esa institución. Asimismo, la experiencia internacional indica que los nombramientos directos por parte del Poder Ejecutivo no son deseables, y en caso de que fuesen designados, entonces solo podrían participar a título consultivo<sup>34</sup>.

En esta misma línea argumentativa, el Subcomité de Acreditación, en sus Observaciones Generales de 2017, señaló que “los representantes del Gobierno y los miembros del Parlamento no deben ser miembros de los órganos de adopción de decisiones de una institución de derechos humanos ni participar en ellos. Su

presencia y participación en el órgano de adopción de decisiones de la INDH puede comprometer la independencia real y percibida de esta”. Asimismo, agregó que es importante que estas instituciones mantengan relaciones de trabajo con el Gobierno y, cuando proceda, efectuar consultas, por lo cual sugiere la creación de Comités Consultivos como ejemplo de mecanismo que permita mantener dichas relaciones sin afectar la independencia ni la imagen de esta institución<sup>35</sup>.

De conformidad a los Principios de París, para verificar la independencia y autonomía de una institución de derechos humanos, no basta con observar a los actores que intervienen en la elección del o los representantes de la institución de derechos humanos, sino que será necesario analizar el proceso de selección y nombramiento de sus miembros. Este proceso deberá ser claro y transparente, fomentándose la selección basada en los méritos de sus miembros, el respeto al pluralismo y la representación de la sociedad civil<sup>36</sup>. Se han señalado como criterios por considerar: la existencia de un proceso transparente, la realización de una consulta amplia en todo el proceso de selección y nombramiento, la amplia difusión de las vacantes, la maximización del número de posibles candidatos procedentes de una amplia gama de grupos sociales, la selección de miembros para que presten servicios con su propia capacidad individual y no en nombre de la organización a la que representen<sup>37</sup>.

La independencia es central para el OPCAT, y se remite a los Principios de París para darle contenido e ilustrar el contenido de este; por consiguiente, para comprender el concepto de independencia exigido a los MNP será necesario remitirnos al desarrollo que ha tenido dicho concepto a la luz de los Principios de París y la más reconocida doctrina.

### 3 INSTITUCIONALIDAD A CARGO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA

Tanto el OPCAT como el SPT han entregado a los Estados la definición de la institucionalidad que se hará cargo del MNP, teniendo en cuenta aspectos de cada país como su marco y cultura legal y el desarrollo institucional<sup>38</sup>. Por consiguiente,

no existe una única forma de constitución o designación del MNP: algunos han decidido crear una nueva institución, y otros han entregado la función del MNP a una o varias instituciones de derechos humanos existentes en dicho Estado<sup>39</sup>.

En caso de que se opte por la creación de una nueva institución, ello permitiría asegurar desde un inicio dar pleno cumplimiento a todos los requisitos del OPCAT; sin embargo, en la mayoría de los casos, no cuentan con legitimidad para visitar o acceder a todos los lugares de detención<sup>40</sup>. Esto se evitaría cuando se opta por una institución de derechos humanos ya existente porque, usualmente, ya cuentan con una reconocida trayectoria en materia de derechos humanos dentro del respectivo país, lo que permitiría generar un clima de confianza para el funcionamiento adecuado inicial del MNP<sup>41</sup>. Además, la designación de una institución ya existente permitiría el “ahorro de costos” respecto de los gastos operacionales iniciales (puesta en marcha), y en algunos casos también ayudaría a superar el problema de la falta de experiencia en las visitas a lugares de privación de libertad<sup>42</sup>. Dentro de los principales modelos de instituciones nacionales de derechos humanos nos encontramos con la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Asesoramiento, el Ombudsman o Defensor del Pueblo y el modelo del Instituto de Derechos Humanos de Dinamarca, así como también el Mediador, el Comisionado Parlamentario, la Comisión de Quejas Públicas, el Inspector General de Gobierno, entre otros<sup>43</sup>.

Sin embargo, en caso de que el MNP se inserte en una institución de derechos humanos ya creada, de conformidad al CAT, será necesario realizar una distinción clara entre la institución y el MNP, pudiendo esta última constituirse como una unidad o un departamento separado, con su propio personal y presupuesto<sup>44</sup>. En opinión de APT, cuando el MNP se entrega a una institución ya existente será necesario, por regla general, que dichas instituciones modifiquen su fundamento legal y efectúen ajustes operativos claves que permitan dar cumplimiento a los estándares planteados por el OPCAT, como por ejemplo en lo que respecta a la relación con los recursos humanos y financieros, la organización de la institución y prioridades institucionales y metodologías de trabajo enfocadas a la prevención de la tortura<sup>45</sup>.

Para el Subcomité lo relevante es que cada MNP cumpla con los requisitos establecidos en el Protocolo y que actúen de manera coordinada, garantizando

una cobertura completa de los diversos recintos de privación de libertad<sup>46</sup>. La coordinación interinstitucional es fundamental en la labor de prevención, así como para establecer con claridad los objetivos y funciones de cada institución de derechos humanos. En este sentido, los ámbitos de coordinación entre las instituciones, que van desde la metodología de trabajo hasta las reglas de actuación, son necesarios para fortalecer la relación de cooperación entre sí. Así, cuando se efectúa la designación del MNP, ya sea a través de un nuevo órgano o en uno ya existente, es relevante que no se debiliten las instituciones existentes aprovechando los espacios ya creados por otras instancias para prevenir la tortura, buscando apoyarse y nutrirse del extenso e intenso trabajo que han realizado, por ejemplo, las organizaciones de la sociedad civil o algunos sectores del Estado<sup>47</sup>.

## 4 EXPERIENCIA COMPARADA EN LA CREACIÓN O DESIGNACIÓN DEL MNP Y SU AUTONOMÍA

La experiencia comparada nos proporciona diversas soluciones institucionales que se han hecho cargo del MNP, así como también nos ofrece una mirada acerca de cómo han abordado y han hecho frente al cumplimiento del requisito de independencia y autonomía de los MNP. Para ello, se utiliza como metodología el estudio de caso múltiple, seleccionándose diversos casos de la región que han regulado e implementado el MNP y señalando los desafíos y dificultades en la consecución de la independencia establecida en el OPCAT. De este modo, si bien no se trata de una muestra representativa, sí permite describir la realidad latinoamericana en materia de implementación de los MNP y el aseguramiento de su independencia.

En Costa Rica se designó en febrero de 2007 a la Defensoría de los Habitantes como MNP porque ya tenía dentro de sus funciones la de realizar visitas a lugares donde se encontraban personas privadas de libertad y además gozaba de independencia funcional y administrativa, por lo que se le encargó cumplir de manera provisoria las funciones del MNP mientras no se dictase la respectiva normativa y se dispusiera de un presupuesto adecuado<sup>48</sup>.

Luego de casi dos años, en enero de 2009, el MNP entró en funcionamiento como una unidad dentro de la Defensoría, pero independiente del resto de las direcciones de dicha institución<sup>49</sup>. Se dictó un manual de procedimientos que regula las funciones del MNP, la forma en que se realizarían las visitas a los lugares de privación de libertad y las capacitaciones y programas de educación a los funcionarios públicos. También se indicó que la unidad del MNP estaría integrada por un equipo interdisciplinario con amplia experiencia en visitas a lugares de privación de libertad, quienes además mantendrían contacto con el Subcomité de la Tortura en conjunto con el Defensor y establecerían un procedimiento de seguimiento legislativo con la finalidad de hacer propuestas u observaciones a la normativa vigente<sup>50</sup>.

En febrero de 2014 se dictó la ley que crea el MNP, lo que permitió garantizarle seguridad jurídica y permanencia en el tiempo. En dicha ley se regulan las facultades del MNP, el nombramiento del personal, el acceso a la información, el deber de colaboración de las instituciones públicas, la confidencialidad de la información, la prohibición de sanciones a los miembros del MNP, entre otros<sup>51</sup>. Cabe señalar que la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), en el año 2013, seleccionó a la Defensoría de los Habitantes como ejemplo para el resto de los miembros de la FIO por su exitosa experiencia institucional en la implementación del MNP<sup>52</sup>.

Uruguay, por su parte, en el año 2008 designó como MNP a la Institución Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo (INDDHH) a través de la ley que creaba dicha institución, creándose al mismo tiempo la institución de derechos humanos y el MNP. Sin embargo, a pesar de que la INDDHH se estableció en 2012, el MNP no comenzó a funcionar inmediatamente porque no existía claridad acerca de su naturaleza jurídica ni tampoco acerca de su posición institucional, toda vez que la ley que creó el INDDHH no estableció la forma en que se iba a implementar el MNP ni tampoco su estructura. En razón de esas dificultades, la INDDHH a partir de mayo de 2013 comenzó a realizar algunas funciones propias del MNP pero aún sin que se definiera la estructura del MNP ni tampoco el mandato de este. Solo a fines de 2013 se diseñó una unidad dentro del INDDHH compuesta por un equipo interdisciplinario de trabajo, poniéndose en marcha el sistema de monitoreo de visitas en los lugares de privación de libertad<sup>53</sup>.

El Consejo Directivo de la INDDHH nombró como encargada del MNP a una de sus miembros, así como también a un profesional de dicha institución que tenía

especialidad académica en materia penal y sistema penitenciario, y se solicitó a la Unicef, a través de un convenio, la asistencia de un equipo técnico para desempeñarse como MNP bajo la exclusiva supervisión del INDDHH<sup>54</sup>. Según la información que el mismo MNP entregó al Subcomité, este contaría con “autonomía técnica, locaciones y equipamiento adecuado”<sup>55</sup>. Sin embargo, la falta de autonomía presupuestal y de suficiente personal hizo necesario formar un equipo en cooperación con la Unicef, lo que incidió en el enfoque de trabajo, priorizándose las visitas a centros destinados a niños, niñas y adolescentes privados de libertad o sujetos a medidas alternativas<sup>56</sup>.

En razón de lo anterior, el CAT recomendó al Estado “asegurar la independencia funcional del MNP asignándole un presupuesto propio, así como personal médico y jurídico especializado, a fin de que pueda abarcar todos los lugares de privación de libertad, con arreglo a lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención y las Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”<sup>57, 58</sup>. Así también, mostró preocupación en la información proporcionada por la INDDHH, recomendando al Estado uruguayo que asegurase la autonomía de dicha institución, así como la disponibilidad de presupuesto, infraestructura y recursos propios<sup>59</sup>.

También nos encontramos con casos en los que se ha decidido crear una nueva institución para que se haga cargo del MNP, tal como sucedió con Honduras, donde, a pesar de contar con una institución de derechos humanos, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos (en adelante, CONADEH)<sup>60</sup> decidió crear en diciembre de 2008 una nueva institución denominada Comité Nacional de Prevención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, CONAPREV)<sup>61</sup>, que entró en funcionamiento en septiembre de 2010<sup>62</sup>. La creación de una nueva institución, distinta e independiente de la institución de derechos humanos, surgió luego de que el Poder Legislativo efectuara una serie de consultas a las ONG y a la sociedad civil en general, proceso que fue catalogado como ejemplar por el SPT por cuanto se aseguró la participación abierta, transparente e inclusiva de diversos actores<sup>63</sup>. Sin embargo, al tratarse de una nueva institución, debió afrontar la dificultad de darse a conocer a la población en general, por lo que el SPT le recomendó a CONAPREV que realizaran actividades que le permitieran aumentar su visibilidad institucional<sup>64</sup>.

El CONAPREV fue definido como “un organismo especial dotado de autonomía administrativa, técnica y presupuestaria”<sup>65</sup>, cuyo objetivo consiste en examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad y emitir recomendaciones y propuestas a las autoridades en materia de torturas y malos tratos. Está integrado por tres expertos, quienes son designados por el Ejecutivo, el Congreso Nacional y las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la prevención de la tortura, rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad<sup>66</sup>. Entre estos se nombra al presidente y al secretario del CONAPREV<sup>67</sup>. Para desempeñar sus labores, cuentan con una estructura de apoyo compuesto por una gerencia administrativa, una gerencia técnica y una auditoría interna, seleccionadas mediante un proceso de concurso<sup>68</sup>. Asimismo, se creó un Consejo Consultivo del Mecanismo Nacional de Prevención como un órgano especializado de asesoría del Comité, integrado por: el presidente del CONAPREV, los representantes del CONADEH, de la Fiscalía Especial de Derechos Humanos y de los Juzgados de Ejecución, y dos representantes de organizaciones de la sociedad civil que trabajen en la materia objeto del mandato del Mecanismo Nacional<sup>69</sup>.

El MNP de Honduras ha sido destacado en la región por su labor proactiva y mirada colaborativa, ya que han integrado a la sociedad civil en las visitas a los lugares de detención y privación de libertad, permitiéndoles complementar su trabajo; además, han trabajado en conjunto con las autoridades de gobierno en las reformas legislativas, impulsando la creación de la ley de reforma penitenciaria y de excarcelaciones por razones humanitarias<sup>70</sup>. Sin embargo, también ha sido criticado porque uno de los miembros del CONAPREV es nombrado por el Ejecutivo, razón por la cual el CAT expresó su preocupación dado que no se estaría garantizando la ausencia de conflictos de interés de los miembros del MNP, instando al Estado a adoptar los criterios de selección de los candidatos con base en lo dispuesto en las directrices del SPT<sup>71</sup>.

Por otra parte, Paraguay en el año 2011 determinó que el MNP estaría a cargo de la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, la Comisión Nacional), un órgano autónomo e independiente del Estado y con personalidad jurídica propia<sup>72</sup>. En la elaboración del anteproyecto de ley tuvo una activa participación la sociedad civil, en articulación con representantes de los poderes Ejecutivo,

Legislativo y Judicial, y presentaron en junio de 2007 el proyecto ante el Congreso Nacional. El rol de la sociedad civil, en este caso, ocupó un rol fundamental en la creación y conformación del MNP, así como también en la labor que desarrolla este mecanismo, permitiendo legitimar su mandato y aumentar su credibilidad<sup>73</sup>.

El MNP de Paraguay podrá actuar a través de la Comisión Nacional, los escabinos (como una forma de participación de la ciudadanía)<sup>74</sup>, funcionarios técnicos permanentes o temporales y las organizaciones sociales que integren el MNP, teniendo dentro de sus funciones la de visitar cualquier sitio público o privado donde existan o se presuma que existan personas que, estando en situación de encierro, pudieran ser víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al igual como lo ha hecho el MNP de Croacia<sup>75</sup>. Dentro de tales sitios se encuentran los recintos penitenciarios o similares, centros educativos para menores infractores, los lugares de tránsito de inmigrantes, establecimientos de internación de personas con discapacidad física, mental u otra<sup>76</sup>, y también los hogares de adultos mayores. Por otra parte, el MNP tiene inmunidad legal para acceder a los lugares de detención, así como para entrevistarse con los privados de libertad y los funcionarios públicos bajo reserva y confidencialidad. Asimismo, efectúa recomendaciones a las autoridades y les da seguimiento<sup>77</sup>.

Pese a que el MNP de Paraguay ha sido catalogado como ejemplar, en especial por la participación de la sociedad civil en su creación y el desarrollo de sus labores<sup>78</sup>, el CAT manifestó preocupación por las limitaciones presupuestarias del MNP dado que su financiamiento se redujo en un 25% en los últimos años. Asimismo, el organismo agregó que el Estado no daba cumplimiento a las recomendaciones efectuadas por el MNP no obstante ser obligatorias. De este modo, el CAT señaló que el Estado debe garantizar que el MNP cuente con “los recursos suficientes para el cumplimiento de su cometido con eficacia e independencia, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención”<sup>79</sup>. Ello implica disponer de “los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para ejercer de manera independiente y eficaz su mandato en todo el territorio”<sup>80</sup>.

Otra de las soluciones o estrategias configuradas por los Estados, especialmente los federales, ha sido la de designar como MNP a diversas o múltiples instituciones de derechos humanos coordinadas por una sola de ellas<sup>81</sup>. Tal es el caso de Argentina, cuyo MNP está compuesto por el Sistema Nacional de Prevención de

la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (en adelante, el Sistema Nacional), compuesto por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (en adelante, Comité Nacional), el Consejo Federal de Mecanismos Locales, los Mecanismos Provinciales y las instituciones gubernamentales, entes públicos y organizaciones no gubernamentales interesadas<sup>82</sup>.

Al igual que en otros casos de la región, la puesta en marcha e implementación del MNP ha sufrido demoras, en particular el Comité Nacional, que si bien fue creado en el 2013, recién en 2017 comenzó el proceso de selección de sus miembros y en el 2018 entró en funcionamiento<sup>83</sup>.

En cuanto al Comité Nacional, que es el órgano en encargado de realizar las visitas a lugares de privación de libertad, está compuesto por 13 miembros, dentro de los cuales se encuentran los representantes del Parlamento, el procurador de la Nación, representantes de los Mecanismos Locales, de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la prevención de la tortura y defensa de personas privadas de libertad, y representantes de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>84</sup>. A este respecto, el CAT mostró preocupación por el nombramiento de seis representantes por parte de grupos parlamentarios y uno por el poder Ejecutivo porque ello podría suscitar un conflicto de intereses, afectando la independencia funcional del Comité Nacional<sup>85</sup>.

Brasil también creó un sistema de prevención de la tortura denominado Sistema Nacional de Prevención y Combate de la Tortura (en adelante, SNPCT), con la finalidad de reforzar la prevención y lucha contra la tortura a través de acciones conjuntas, de cooperación y de intercambio de información y buenas prácticas<sup>86</sup>. El SNPCT está compuesto por la Comisión Nacional para Prevenir y combatir la tortura (CNPCT), el Mecanismo Nacional para la Prevención y Lucha contra la Tortura (MNPCT), el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP) y el Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia, siendo coordinados por la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República<sup>87</sup>.

Dentro de algunas funciones del CNPCT se encuentran la de proponer y evaluar mejoras a los programas de prevención y lucha contra la tortura, recomendar la elaboración de estudios, participar en la implementación de las recomendaciones del Mecanismo, la confección del informe anual, entre otros<sup>88</sup>. El MNPCT, por su

parte, es quien realiza las visitas periódicas y regulares a lugares de privación de libertad, efectúa recomendaciones a las autoridades, sugiere propuestas o modificaciones a la ley vigente, elabora un informe de sus visitas, mantiene contacto con el SPT, entre otros<sup>89</sup>.

En cuanto a su composición, el CNPCT lo integran 23 miembros designados directamente por el presidente de la República, 11 representantes del Poder Ejecutivo Federal y 12 personas provenientes de la sociedad civil<sup>90</sup>. Por otra parte, los miembros del MNPCT son elegidos por el CNPCT con base en sus conocimientos y experiencia en materia de prevención y lucha contra la tortura, y nombrados por el presidente de la República<sup>91</sup>. Asimismo, la ley que crea el SNPCT determinó que la Secretaría de la Presidencia de Derechos Humanos garantizará el apoyo técnico, financiero y administrativo requerido para operar el SNPCT, la CNPCT y MNPCT<sup>92</sup>. Y si bien se estipula que los miembros del MNPCT gozarán de independencia funcional, estos podrán ser removidos por el presidente de la República en casos determinados<sup>93</sup>.

A este respecto, el SPT instó al Estado a garantizar la autonomía funcional del MNP y abstenerse de nombrar a miembros que pudiesen suscitar conflictos de intereses. Asimismo, recomendó al Estado proporcionar los recursos humanos necesarios y el financiamiento adecuado a través de una partida en el presupuesto anual. El SPT también sugirió diferenciar los mandatos del MNPCT y del CNPCT para que puedan desempeñar sus funciones, para así evitar conflictos entre estas instituciones<sup>94</sup>.

## 5 CONCLUSIONES

La independencia constituye uno de los pilares fundamentales para que el MNP pueda llevar a cabo su labor preventiva en la comisión de actos de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. De este modo, los Estados tienen la obligación de garantizar la independencia funcional, personal y financiera de los MNP. Ahora bien, dicha independencia dependerá del contexto en el que opera el MNP, por lo que se deberá atender a las especificidades del sistema jurídico, a las dificultades del marco geopolítico y al contexto sociopolítico del Estado.

A la luz del derecho internacional, el OPCAT, al abordar la creación o designación del MNP, se remite a los Principios de París. Esta referencia conlleva a sostener que los requisitos de independencia contemplados en este tratado deben interpretarse a la luz de las normas establecidas en dichos Principios<sup>95</sup>, esto es, que la composición y el nombramiento de sus miembros se ajuste a un procedimiento que ofrezca garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de la sociedad civil, que dispongan de recursos suficientes, cuenten con infraestructura adecuada y que los miembros puedan cumplir con su mandato de manera estable<sup>96</sup>.

Del estudio de caso múltiple se pudo observar que, en la mayoría de los casos, los MNP carecen de independencia, ya sea operativa, personal o financiera, situación que llama la atención teniendo en consideración que se trata de un requisito fundamental de los MNP. Resulta extraño que, en los casos analizados, la normativa que crea o designa el MNP señala de manera expresa que se garantiza su independencia o autonomía, mientras que en la práctica no se observa dicha garantía.

Asimismo, de las variadas formas institucionales que se han hecho cargo del MNP, ya sea a través de la creación de una nueva institución, la designación de una ya existente, o bien como un sistema de prevención, estas no inciden en la mayor o menor independencia de los MNP. Por ejemplo, al analizar el caso de Honduras, que decidió crear una nueva institución para hacerse cargo del MNP, este no cuenta con independencia personal de sus miembros toda vez que uno de los miembros es nombrado por el Ejecutivo, lo cual, en opinión del CAT, es preocupante ya que se suscitan conflictos de interés. Una situación similar se observó en los casos de MNP de Argentina y Brasil, los que contemplan un sistema de prevención. En el caso del Comité Nacional de Argentina, se observó que sus miembros eran representantes del Parlamento y del Ejecutivo, y en el caso del MNP de Brasil, sus miembros era elegidos por el CNPCT, que a su vez estaba integrado por personas designadas por el Ejecutivo; además, toda la institución de prevención de la tortura se encuentra inserta en la Secretaría de la Presidencia, lo cual constituye una vulneración de la autonomía del MNP.

Por otra parte, se analizaron los casos donde la afectación a la independencia se produce porque los MNP tienen escaso financiamiento o no disponen de

suficiente personal. En el MNP de Paraguay, este no cuenta con recursos humanos, materiales ni financieros para cumplir de manera eficaz su mandato. Igualmente, el MNP de Uruguay no dispone de suficiente personal, por lo que se recurrió a la asistencia técnica de Unicef, lo que incidió en las prioridades y áreas de acción del MNP; asimismo, se advirtió que este no gozaba de independencia operativa toda vez que no contaba con presupuesto propio y diferenciado al de la institución donde se encuentra inserto, el INDDHH, ni tampoco disponía de la infraestructura necesaria para poder realizar su trabajo.

Las falencias que se evidenciaron en la práctica en torno a la independencia de los MNP fueron señaladas tanto por el SPT como por el CAT en sus recomendaciones a los países; por tanto, los Estados deben procurar incorporar dichas directrices, ofreciendo garantías efectivas de cumplimiento, para que el mandato preventivo del MNP no se traduzca en una mera declaración de principios.

## NOTAS AL PIE

2. Nicolás Boeglin, *Dilemas y desafíos en la implementación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas: de una buena idea a un protocolo onusiano* (Madrid, 2009), p. 24.
3. Art. 19 del OPCAT.
4. Federación Iberoamericana de Ombudsmán, *Buenas prácticas. Lineamientos generales para la creación e implementación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica* (Primera edición. Lima, Perú, 2015), p. 15. Mario Coriolano, *Red para la lucha contra la tortura: implementación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Argentina, 2013), p. 18.
5. *Ibid.*, p. 3.
6. Alicia Cebada, “El Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y los centros de internamiento de extranjeros en España” (En Fernando Mariño y Alicia Cebada, *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*. Iustel. Madrid, 2009), p. 205.
7. Elina Steinerte, “The Changing Nature of Relationship between the United Nations Subcommittee on Prevention of Torture and National Preventive Mechanisms: in Search for Equilibrium” (*Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013), p. 129.
8. Malcolm Evans, *The place of the Optional Protocol in the scheme of international approaches to torture and torture prevention* (H. C. Scheu y S. Hybnerova eds. Universidad Karlova, Law School Publication, 2004), p. 32.
9. Manfred Nowak y Elizabeth Mc Arthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary. Oxford Commentaries on International Law* (Oxford University Press, 2008), p. 923.
10. Esther Pino, “El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura” (*Revista de Filosofía, Derecho y Política*, España, N° 18, 2013), p. 8.
11. Miguel Sarre, *El Protocolo Facultativo de la Convención de la Tortura* (Iustel. Madrid, 2009), p. 100.
12. Esther Pino, *op. cit.*, p. 23.
13. Malcolm Evans y Claudine Haenni-Dale, “Preventing torture? The development of the Optional Protocol to the UN Convention against Torture” (*Human Rights Law Review*, Vol. 4, N° 1, 2004), p. 41.
14. Elina Steinerte, “The Jewel in the Crown and Its Three Guardians: Independence of National Preventive Mechanisms Under the Optional Protocol to the UN Torture Convention” (*Human Rights Law Review*, N° 14, 2014), p. 28.
15. El Art. 18 del OPCAT señala: “1. Los Estados Partes garantizarán la independencia funcional de los mecanismos nacionales de prevención, así como la independencia de su personal. (...) 3. Los Estados Partes se comprometen a proporcionar los recursos necesarios para el funcionamiento de los mecanismos nacionales de prevención”.
16. Comité contra la Tortura, *Noveno informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. CAT/C/57/4., 2016, párr. 12 y 13.
17. Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura/ Manual para su Implementación* (San José, 2010), p. 97.
18. Mario Coriolano, *op. cit.*, p. 5.
19. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, *Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur*, documento de trabajo (Argentina, 2012), p. 9.

20. Asociación para la Prevención de la Tortura, *op. cit.*, p. 98.
21. *Ídem.*
22. Comité contra la Tortura, *op. cit.*, párr. 19.
23. Malcolm Evans, “Transparency and Access of Independent Experts to All places of Detention: Expectations of the Subcommittee on the Prevention of Torture, the National Preventive Mechanisms, and the UN Optional Protocol to the Convention against Torture” (Human Rights Brief, Vol. 16, N° 4, 2009), p. 50.
24. Comité contra la Tortura, *op. cit.*, párr. 12 y 13.
25. Vincent Ploton, “The OPCAT Special Fund: A New Resource for Torture Prevention?” (*Journal Human Rights Practice*, Vol. 7, N° 1, Oxford University Press, 2015), p. 155.
26. Artículo 18 N° 4 del OPCAT prescribe: “Al establecer los mecanismos nacionales de prevención, los Estados Partes tendrán debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos”.
27. Resoluciones 1992/54 (1992) de la CDH de Naciones Unidas y 48/134 (1993) de la Asamblea General.
28. En la actualidad, el CIC pasó a denominarse “Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos” (GANHRI). Dicha modificación fue adoptada por la Asamblea General del CIC celebrada el 22 de marzo de 2016. Ver más en el Estatuto GANHRI (2017).
29. Art. 5 del Estatuto GANHRI.
30. Principios de París, letra B N° 1 final.
31. Anne Smith, “The Unique Position of National Human Rights Institution: A Mixed Blessing?” (*Human Rights Quarterly*, Vol. 28, N° 4, 2006), p. 904-946.
32. Richard Carver, *Measuring the Impact and Development Effectiveness of National Human Rights Institutions: A Proposed Framework for Evaluation* (United Nations Development Programme, Bratislava Regional Centre, 2014), p. 22.
33. Tom Pegram y Katerina Linos, “Interrogating form and function: Designing effective national human rights institutions” (The Danish Institute for Human Rights. En *Matters of Concern Human Rights Research Paper Series*, N° 2015/8, 2015), p. 14.
34. *Ibid.*, p. 15.
35. GANHRI, *Observaciones Generales del Subcomité de Acreditación*, 1.9 Representantes políticos en las INDH, 2017, p. 29.
36. GANHRI, *Informe y recomendaciones del período de sesiones del Subcomité de Acreditación*, 9 a 13 de mayo de 2016, p. 41 y 42.
37. GANHRI, *Observaciones Generales del Subcomité de Acreditación*, 1.8 Selección y nombramiento del órgano rector de las INDH, 2017.
38. Rachel Murray, Elina Steinerte y Malcolm Evans, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture* (Oxford University Press, 2011), capítulo 4.
39. Radu –Florin Geamanu, “Implementing a National Preventive Mechanism for the Prevention of Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Places of Detention in Romania” (*Lex Et Scientia*, Jurical Series, N° XIX, Vol. 2, 2012), p. 61.
40. Andrey Olivier y Marina Narváez, “OPCAT Challenges and the Way Forwards: The ratification and implementation of the Optional Protocol to the UN Convention against Torture” (*Essex Human Rights Review*, Vol 6, N° 1, 2009), p. 50.
41. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Aportes al Debate sobre el Diseño e Implementación en México del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (México, 2007), p. 306.

42. Elina Steinerte, "The Jewel in the Crown and Its Three Guardians: Independence of National Preventive Mechanisms Under the Optional Protocol to the UN Torture Convention" (Human Rights Law Review, N° 14, 2014), p. 62.
43. Anna-Elina Pohjolainen, *The Evolution of National Human Rights Institutions. The Role of the United Nations* (The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, 2006), p. 16.
44. Comité contra la Tortura, *Tercer informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*. CAT/C/44/2, 2010, párr. 51
45. Asociación para la Prevención de la Tortura, *op. cit.*, p. 250-251.
46. *Ibid.*, p. 94.
47. Mario Coriolano, *op. cit.*, p. 15 y 19.
48. Decreto Ejecutivo N° 33.568 de 2006.
49. Acuerdo N° 1434-DH de 2009.
50. Arts. 5 y 24 del Acuerdo N° 1527 de 2009.
51. Ley N° 9204 de 2014.
52. MNPT de Costa Rica, Informe Anual de Labores 2013, p. 3 y 4.
53. MNPT de Costa Rica, *Informe Anual de Labores 2014*, p. 4.
54. MNPT de Costa Rica, Documento elaborado para el SPT (2014), párr. 34-36.
55. MNPT de Costa Rica, Documento elaborado para el SPT (2014), párr. 40.
56. MNPT de Costa Rica, *Informe Anual de Labores 2014*, p. 7.
57. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Uruguay*. CAT/C/URY/CO/3, 2014, párr. 14.
58. Cabe mencionar que hasta la fecha no se encontraron nuevos informes anuales del MNP que dieran cuenta de cambios en la forma de funcionar o independencia del MNP.
59. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Uruguay*. CAT/C/URY/CO/3, 2014, párr. 15.
60. Creado a través del Decreto 2-95.
61. Creado a través del Decreto Legislativo N° 136-2008.
62. La demora en la puesta en marcha del CONAPREV se debió al lento nombramiento de sus miembros por parte del presidente de la República, quien debía realizar la primera convocatoria para los nombramientos. *Informe a la Nación 2010-2011* del MNP-CONAPREV, p. 4.
63. Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *Informe sobre la visita a Honduras del Subcomité para la Prevención de la Tortura*. CAT/OP/HND/1, 2010, párr. 262.
64. Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *Informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura sobre su visita de asesoramiento al Mecanismo Nacional de Prevención de Honduras*. CAT/OP/HND/3, 2013, párr. 13.
65. Art. 7 del Decreto Legislativo N° 136-2008.
66. Art. 8 del Decreto Legislativo N° 136-2008.
67. *Informe a la Nación 2010-2011 del MNP-CONAPREV*, p. 4.
68. Arts. 16 y 19 del Decreto Legislativo N° 136-2008.
69. Arts. 17 y 18 del Decreto Legislativo N° 136-2008.
70. Sylvia Dias, *Seminario Internacional. Prevención e investigación de la Tortura. Dificultades y Desafíos Actuales* (Instituto Nacional de Derechos Humanos, Chile, 2014), p. 52 y 53.
71. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras*, CAT/C/HND/CO/2, 2016, párr. 30.
72. Creado a través de la Ley N° 4288, 2011.
73. *Informe de gestión MNP Paraguay*, 2013, p. 36.
74. *Ibid.*, p. 37.
75. Asociación para la Prevención de la Tortura, *Poner en Práctica la Prevención. 10 años después: el Protocolo Facultativo de la Convención ONU contra la Tortura* (Ginebra, 2016) p. 54.
76. Arts. 4 y 10 Ley N° 4288.
77. Séptimo informe periódico presentado por el Estado paraguayo ante el Comité contra la Tortura. 61 Período de Sesiones. 2017.
78. Vincent Ploton, "The OPCAT Special Fund: A New Resource for Torture Prevention?" (Journal Human Rights Practice, Vol. 7, N° 1, Oxford University Press, 2015), p. 158.
79. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Paraguay*. CAT/C/PRY/CO/7, 2017, párr. 14 y 15.
80. Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura*. CAT/C/PRY/CO/4-5, 2011, párr. 15.
81. Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura/ Manual para su Implementación* (San José, 2010), p. 94.
82. Arts. 1 y 3 de la Ley 26.827. Créase el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. 2013.
83. En: <https://www.cels.org.ar/web/2018/01/comite-nacional-contra-la-tortura-un-paso-para-prevenir-la-tortura-en-el-sistema-penitenciario/>, consultado el 25 de febrero de 2018.
84. Art. 11° Ley 26.827.
85. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina*, CAT/C/ARG/CO/5-6, 2017, párr. 25 y 26.
86. Art. 1° Ley 12.847 de 2013.
87. Art. 2.1 Ley 12847 y Art. 4° Decreto 8154 de 2013.
88. Art. 6° Ley 12.847.
89. Art. 9° Ley 12.847.
90. Art. 7° Ley 12847.
91. Art. 8.1 Ley 12.847.
92. Art. 12° Ley 12.847
93. Art. 8.2 Ley 12.847.
94. Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, *Visita al Brasil del 19 al 30 de octubre de 2015: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*. CAT/OP/BRA/3. párr. 85-87.
95. Katrien Meuwissen, "NHRIs and the State: New and Independent Actors in the Multi-layered Human Rights System?" (En *Human Rights Law Review* 2015, Vol. 15, N° 3, Oxford University Press), p. 466.
96. Principios de París, letra B N° 1, 2 y 3.

capítulo



**DIEZ ESTÁNDARES  
INTERNACIONALES O INDICADORES  
PARA LA INVESTIGACIÓN DE CASOS  
DE TORTURA EN EL ÁMBITO  
PSICOLÓGICO Y LA MEDICIÓN  
DE SU EFECTIVIDAD**

Edgar Hassan<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Licenciatura en Psicología, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, Campus Iztacala.  
 Maestría en Derechos Humanos y Democracia,  
 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-México.  
 Experto Forense Oficial en Materia de Psicología desde 2002.  
 Email: psic.hassan@gmail.com

## RESUMEN

El presente capítulo aborda el tema de la tortura yendo más allá de la prevención, enfocándose en el momento cuando un acto de tortura ha ocurrido y se ha activado la obligación del Estado de investigar dicha violación. Es entonces imperioso materializar el marco legal abstracto trayendo a la realidad la prohibición absoluta de la tortura, donde entran en escena los operadores del Estado: jueces, fiscales, defensores y expertos forenses. Con enfoque de derechos humanos, respetando, protegiendo, garantizando y promoviendo tales derechos, estos actores deberán hacer patente el derecho a la investigación de actos de tortura a través de los elementos institucionales de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad. Este capítulo brinda a los psicólogo(as) diez estándares internacionales imprescindibles para investigar actos de tortura. Luego se agrega un instrumento de medición que servirá como indicador para conocer si se cumplen o no tales estándares de investigación, permitiendo detectar aquellos que no se están cumpliendo, a fin de subsanar las deficiencias y hacer realmente efectiva la participación de la psicología al investigar denuncias de tortura.

**Palabras clave:** Estándares – Indicadores – Investigación – Tortura – Psicología.

## ABSTRACT

It is becoming increasingly imperative for states to implement a legal framework that translates the absolute prohibition of torture into practice. To do this, state agents including judges, prosecutors, lawyers and forensic experts are essential. In light of the human rights approach, which commits to respect, protect and promote fundamental rights, such agents should ensure that investigations into torture are afforded with the institutional guarantees of availability, accessibility, quality and acceptability. This chapter addresses situations where torture prevention has failed, that is, when an act of torture has been committed and the state is obligated to investigate such violation, and offers psychologists ten international standards essential for the investigation of torture. The author puts forward a measurement instrument which should serve as an indicator of whether these standards are being met or not, allowing for the detection and correction of deficiencies and for a more effective participation of psychologists in the investigation of torture claims.

**Key words:** Standards – Indicators – Investigation – Torture – Psychology.

# 1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda el tema de la tortura con una perspectiva que va más allá de la prevención; se centra en el escenario en el cual el acto de tortura ya ha ocurrido y la obligación del Estado de investigar dicha violación se ha activado. Esto es relevante porque, sin una efectiva investigación, es imposible sancionar a los torturadores o reparar el daño a la víctima torturada. Este apartado se dirige a la participación de la experticia de la psicología forense.

La relevancia de presente capítulo estriba en que, aun cuando se ha realizado una formidable labor legislativa por implementar la *Convención contra la Tortura* en las legislaciones y los marcos institucionales relativos a la prohibición de la tortura en las naciones de la región<sup>2</sup>, este arduo trabajo parlamentario deviene en letra muerta toda vez que las leyes no se administran solas; requieren operadores que las lleven del terreno abstracto al de la práctica, y aquí es donde, desafortunadamente, los Estados están fallando: ya que a lo largo y ancho de Latinoamérica se siguen torturando personas. Al presente se están documentando casos de tortura ocurridos en varios países latinoamericanos y del Caribe. Amnistía Internacional, en su informe 2017/18, al analizar la perspectiva regional del continente, reporta: “muchos Gobiernos volvieron a recurrir a tácticas represivas: hacían un uso indebido de las fuerzas de seguridad y los sistemas de justicia para silenciar la disidencia y las críticas, permitían que quedara impune el uso generalizado de la tortura y otros malos tratos”<sup>3</sup>.

Lo anterior obliga a redoblar esfuerzos para afrontar este panorama desolador, ya no en el ámbito legislativo; ahora es imperioso materializar los marcos institucionales con operadores que lleven a la realidad la prohibición absoluta de la tortura. Urgen operadores comprometidos: jueces, fiscales, defensores, expertos forenses, médicos y psicólogos. Este capítulo se enfoca en la importancia de la participación de estos últimos.

El valor agregado que aporta este capítulo es el conocimiento y la experiencia práctica de la investigación de actos de tortura en el ámbito psicológico, presentando a los expertos forenses de la ciencia de la psicología diez estándares internacionales imprescindibles para participar en la investigación de actos de tortura. Asimismo, se propone un instrumento de medición que servirá como

indicador para conocer si el personal forense del área de psicología cumple o no con tales estándares de investigación, permitiendo detectar qué estándar no se está cumpliendo, a fin de subsanar dicha deficiencia y hacer realmente efectiva la participación de la psicología al investigar denuncias de tortura.

En la literatura de la medición del cumplimiento de los derechos humanos (DD. HH.) se han desarrollado variados indicadores, algunos de los cuales se relacionan con el cumplimiento de los estándares internacionales de diversos derechos. Estos indicadores miden los procesos que han sido establecidos en algunas instituciones con el propósito de dar cumplimiento a alguna obligación específica de un derecho humano. Así, se pueden generar indicadores de insumos, de procesos y de resultados<sup>4</sup>.

Se ha diseñado un instrumento como indicador para medir la efectividad del proceso de la investigación de actos de tortura a la luz de la psicología. Este sirve para medir el grado del cumplimiento de los operadores forenses del Estado para hacer respetar el derecho a la investigación de casos de tortura. Esto es pertinente para los profesionistas de la salud mental, ya que las universidades que imparten psicología no integran en su plan curricular fundamentos jurídicos. Asimismo, en psicología clínica no son usuales los conocimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), por lo que es primordial que el(la) psicólogo(a) integre estos estándares cuando le asignen la valiosa encomienda de participar en la investigación de un acto de tortura.

## 2 EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE TORTURA

El enfoque de DD. HH. está conformado por los principios y obligaciones de DD. HH. y por los elementos institucionales.

Son obligaciones de los Estados frente a sus gobernados *respetar, proteger, garantizar y promover* todos y cada uno de los derechos contenidos en los tratados internacionales que han ratificado.

Ahora bien, los DD. HH. contenidos en los tratados y convenciones internacionales generan obligaciones y deberes que los Estados deben materializar. Esto se logra

a través de los elementos institucionales, los cuales se clasifican en *disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad*.

En el contexto de la prohibición absoluta de la tortura y del *derecho a la investigación de casos de tortura*, el Estado debe proveer de la *disponibilidad* de un sistema de procuración y administración de justicia adecuada para investigar todo acto de tortura. El Estado está obligado a construir instalaciones adecuadas con el equipamiento necesario como salas de juicio oral, centros de reclusión dignos e institutos de atención a víctimas. Debe a su vez contar con personal capacitado como fiscales que investiguen efectivamente los actos de tortura y jueces suficientes para que la población pueda recibir una efectiva impartición de justicia.

La *accesibilidad* implica que toda persona pueda llegar y entrar físicamente a las instituciones de procuración e impartición de justicia, que existan instalaciones cercanas a la población y que las víctimas no tengan que recorrer grandes distancias de su domicilio al centro de justicia para denunciar un hecho de tortura y que puedan llegar de manera segura.

La *calidad* demanda al Estado el deber de proveer el equipo que cumpla con los estándares de calidad establecidos y de que el personal policial, pericial, ministerial y judicial se encuentre plenamente capacitado y sea suficiente para atender las necesidades de cada región.

Finalmente, la *aceptabilidad* vislumbra que la población acepte el tipo de servicio que está recibiendo de acuerdo con sus normas, valores y costumbres. Así pues, se trata de que cuando una mujer sea víctima de tortura sexual sea atendida por personal de su mismo sexo o que la población indígena tenga traductores.

La investigación de la tortura con enfoque de DD. HH. debe contemplar además los deberes de verdad, justicia y reparación. El deber de verdad tiene dos propósitos: el primero está relacionado con la construcción de la memoria histórica y el derecho a conocer la verdad por parte de las víctimas de tortura; el segundo se relaciona con el cumplimiento de la obligación primaria de los Estados de investigar y reparar todo acto de tortura.

Es un deber esencial del Estado realizar amplias investigaciones de los actos de tortura que ocurran en su territorio para determinar quiénes han sido los responsables y establecer cómo y por qué ocurrieron los hechos. Dicho deber de investigar va de la mano con el de la debida diligencia, en la cual las actividades

para conocer la verdad deberán realizarse con la mayor eficacia para alcanzar los propósitos esperados. El Estado debe utilizar todos sus recursos y potestades para obtener el conocimiento jurídico e histórico de los hechos de tortura acaecidos, es decir, sus investigaciones están obligadas a ser efectivas.

La búsqueda de la verdad se enlaza con el combate a la impunidad de los actos de tortura. Este es el auténtico deber de justicia: no basta saber que se torturó a una persona; es obligatorio sancionar al torturador. Para la Corte Interamericana, el derecho de acceso a la justicia —compuesto por los derechos a las garantías judiciales y a un recurso efectivo (artículos 8 y 25 de la Convención Americana)— debe conducir a la sanción de los responsables. Donde esto no ocurra, no hay acceso a la justicia, lo cual se agrava cuando la violación es un acto de tortura.

La obligación estatal ante la tortura debe ser la reparación del daño a la víctima. Esta se logra a través de una reparación integral que busca resarcir los daños provocados por tal injusticia, pero además busca reparar sus efectos sociales, políticos y simbólicos. De acuerdo con los estándares internacionales, las reparaciones trascienden el daño inmediato sufrido por las víctimas, para llegar a la búsqueda de la satisfacción, la no repetición de los hechos y, en última instancia, la transformación de las condiciones que permitieron que los agentes del Estado ejercieran actos de tortura contra la población. En consecuencia, la reparación del daño tiene como meta restablecer la situación que la víctima tenía previa a la violación y, dada la imposibilidad de realizar esto de manera plena, eliminar las consecuencias que estos hechos produjeron, así como establecer el pago de una indemnización por los daños causados. La reparación integral del daño en las víctimas de tortura implicaría la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

### 3 LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE TORTURA EN EL ÁMBITO PSICOLÓGICO

La investigación de un acto de tortura debe llevarse a cabo utilizando las herramientas del enfoque de DD. HH., pero además el DIDH ha desarrollado una

serie de estándares internacionales para combatir y eliminar la tortura, contenidos en los principios de la tutela judicial efectiva, las convenciones internacionales de derechos humanos, los principios de ética médica relativos a la investigación de la tortura, la jurisprudencia de la CIDH, los informes de los relatores especiales y la *soft law* en la materia, como lo es el Protocolo de Estambul y sus guías.

A partir de estas fuentes de DD. HH. se han identificado y enumerado los diez estándares que permiten a los operadores del Estado, especializados en psicología, cumplir con el deber de garantizar una eficaz investigación de actos de tortura. Tal como sucede con la universalidad e interrelación de los DD. HH., se puede afirmar que estos estándares están interrelacionados entre sí, y deberán cumplirse en su totalidad. La falta del cumplimiento de uno de los estándares implicaría que la investigación de un acto de tortura no ha sido efectiva.

En definitiva, si no se respetan los principios de la tutela judicial efectiva de independencia, autonomía e imparcialidad, si no se realiza un trabajo interdisciplinario, si no se siguen los objetivos generales de la investigación, si no se documenta el caso, si no se conserva la ética profesional, si no se aplican profesionalmente los instrumentos psicológicos, si no se respetan los lineamientos internacionales para la emisión del informe final, si no se realizan recomendaciones conforme al DIDH y se contempla la reparación integral del daño y si no se cuenta con los elementos institucionales de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, no habrá una efectiva investigación del acto de tortura en el ámbito psicológico y entonces se estaría ante la violación del derecho a la investigación de casos de tortura.

#### 3.1 La *tutela judicial efectiva* y los principios de rapidez, sencillez y efectividad en la investigación de casos de tortura

Los principios fundamentales de la *tutela judicial efectiva* se han contextualizado en los instrumentos del derecho a la investigación de casos de tortura. Los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, en su artículo 2, señalan que “los Estados velarán por que se investiguen con prontitud y efectividad las quejas o denuncias de torturas o malos tratos”<sup>5</sup>.

El tiempo necesario para llevar a cabo la investigación no ésta claramente definido en los instrumentos internacionales. Se señala que la investigación debe realizarse en “un plazo razonable”. Este concepto jurídico implica: a) que la suspensión de la investigación “solo es posible por causas extremadamente graves”; b) que la inactividad manifiesta en la investigación evidencia falta de respeto al principio de diligencia debida; c) que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos; y d) que una demora prolongada constituye, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>6</sup>.

En consecuencia, para determinar la razonabilidad del plazo, las autoridades deben tener presentes tres elementos: la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; y la conducta de las autoridades judiciales. Lo anterior es útil en términos de derecho procedimental para operadores jurídicos, pero no aclara cuáles son los plazos aplicables para los encargados de la investigación y documentación real del caso de tortura, es decir, cuáles son los tiempos de que disponen los expertos forenses (medicina, psicología entre otros) para emitir las conclusiones de sus correspondientes estudios.

El artículo 12 de la *Convención contra la Tortura* señala vagamente que la investigación deberá hacerse de manera rápida, pero no especifica cuánto tiempo real puede tardar, así que es necesario revisar otras fuentes. El párrafo 14 del Protocolo de Estambul (en adelante PE) decreta que un tiempo de quince meses para investigar un acto de tortura es claramente excesivo y violatorio de derechos humanos. Entonces se debe evitar que la investigación completa no rebase el plazo de quince meses, ya que con ese simple hecho se incurriría en una nueva violación de DD. HH.

Adicionalmente, en el caso *Cabrera y Cortes vs. México*, la CIDH señaló que la investigación fue iniciada más de tres meses después de que se hiciera la primera mención sobre las alegadas torturas cometidas y se condenó al Estado mexicano como responsable de la violación de su deber de llevar a cabo una investigación de tortura<sup>7</sup>. Ello añade otro criterio temporal para la investigación: iniciar de manera inmediata y no demorar su inicio más de tres meses después de la noticia del hecho.

Finalmente, desde el punto de vista médico, el PE especifica que la investigación debe realizarse dentro del lapso de seis semanas después haber ocurrido el evento, sustancialmente antes de que se borren las señales físicas de la tortura<sup>8</sup>.

Resumiendo, el inicio de la investigación debe ser inmediato (antes de que se borren las lesiones, dentro de las seis semanas posteriores a la notificación del hecho) y no demorarse más de tres meses, por cuestiones jurisprudenciales. Una vez iniciada la investigación, esta no debe tardar más de quince meses. La investigación no se debe suspender sino por causas graves, no se deben dilatar las diligencias, se deben tomar en cuenta las actividades de las víctimas para aportar pruebas y no debe haber demoras innecesarias.

Para realizar una investigación efectiva dentro del plazo razonable, es necesario que los procesos establecidos para ella sean sencillos. Establecer procedimientos complejos y tareas innecesarias afecta directamente el principio de rapidez y, en consecuencia, se incumplirá con los principios de sencillez y efectividad.

Por último, la efectividad de la investigación está directamente relacionada con permitirle a la víctima el acceso a la justicia, ayudarla a conocer la verdad de lo sucedido y sancionar a los responsables. En términos concretos, si de la investigación se concluye que una persona es víctima de tortura, pero no se da a conocer la verdad y no se sanciona a los responsables, esta investigación está violando el principio de efectividad.

## 3.2 Independencia, autonomía e imparcialidad en la investigación de casos de tortura

Los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura*<sup>9</sup> puntualizan que los encargados de la investigación deberán ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que estos pertenezcan. Asimismo, serán competentes e imparciales.

Dicho instrumento recomienda que en los casos en que los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes debido a la falta de competencia técnica o a una posible falta de imparcialidad, o por otras razones fundadas, los Estados velarán por que las investigaciones se lleven a cabo por conducto de una comisión independiente o por otro procedimiento análogo. Los miembros de esa comisión deberán ser elegidos en función de una acreditada imparcialidad, competencia e independencia personal. Especialmente, deberán ser independientes de cualquier presunto culpable y de las instituciones u organismos a que pertenezca.

El DIDH enfatiza la importancia de la independencia e imparcialidad de quienes investigan actos de tortura. La *Convención contra la Tortura*, en su artículo 12, señala: “Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”.

Paralelamente, en el artículo 8, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* ordena que toda persona que denuncie tortura sea examinada imparcialmente.

Es imprescindible entonces que los expertos forenses (médicos, psicólogos y otros) que hayan sido asignados para intervenir en la investigación de un caso de tortura tengan presente su obligación de actuar con imparcialidad, y deberán evitar participar en dicha investigación cuando detecten que se encuentra en riesgo su imparcialidad.

### 3.3 La investigación completa y el trabajo multidisciplinario del equipo de investigación de casos de tortura

Existen varias guías complementarias al PE, entre ellas la *Guía para Psicólogos del pe* (en adelante Guía). Dicho documento profundiza el tema de las evaluaciones psicológicas a víctimas de tortura; sin embargo, presenta un inconveniente: no explica claramente al profesional de la psicología inexperto en investigaciones de tortura que una evaluación psicológica de tortura debe ser realizada en forma multidisciplinaria, lo cual le puede crear la ilusión de que una evaluación psicológica por sí misma, de manera independiente y aislada, puede ser suficiente para establecer si una persona ha sido o no víctima de tortura.

Por lo tanto, se deberá primero leer y entender los procedimientos establecidos en el PE, y posteriormente complementar el aprendizaje con las recomendaciones de la Guía. De lo contrario, dicho experto puede caer en la tentación de realizar su evaluación psicológica de manera solitaria.

Es imprescindible tener presente que el PE señala: “La objetividad de la investigación y los hallazgos de la comisión pueden depender, entre otras cosas, de que esta conste de tres o más miembros, y no solo de uno o dos”, sin olvidar tampoco que dicha Guía resalta que una comisión investigadora de un solo miembro no está en condiciones de investigar un caso de tortura. Si un solo miembro actúa

aisladamente y en solitario, este no podría realizar una investigación profunda y estaría además obligado a adoptar decisiones sin ninguna clase de debate y se vería expuesto a presiones del Estado o de influencias exteriores<sup>10</sup>.

Por consiguiente, el psicólogo o psicóloga que participe en una investigación de tortura deberá siempre formar parte de un equipo de trabajo o una comisión investigadora. El PE refiere que las comisiones investigadoras deberán contar con un abogado o abogada que no forme parte del sistema de justicia estatal, quien deberá estar al margen de toda influencia política, y que además requerirá de asesoría de personas expertas, por lo que debe tener a su disposición los servicios de diferentes especialistas en patología, ciencias forenses, psiquiatría, psicología, ginecología y pediatría, quienes deberán seguir las distintas pistas y obtener pruebas. Finalmente, el PE afirma que “La credibilidad de una investigación se verá considerablemente incrementada en la medida en que la comisión pueda recurrir a sus propios investigadores”<sup>11</sup>.

La calificación legal de un hecho de tortura no deberá basarse únicamente en las conclusiones de los peritajes en medicina y psicología ya que estas abarcan “apreciaciones” sobre la gravedad del daño en términos psicológicos o médicos, la existencia de secuelas físicas o psicológicas detectables, o la coherencia del relato con el registro de dichas secuelas. La calificación se deberá fundamentar en las conclusiones del fiscal, quien además de tomar en cuenta dichas conclusiones periciales deberá reunir todos los medios de prueba posibles para sustentar su determinación en la mejor y más completa información posible. Para esto, cada profesional involucrado en la investigación tiene la responsabilidad de complementarse y comunicarse con los demás profesionistas de las distintas áreas con base en una visión clara de las funciones que a cada una de las disciplinas le corresponde, a fin de evitar las confusiones conceptuales que han venido presentándose hasta la fecha<sup>12</sup>.

Así entonces, la determinación de la existencia o no de secuelas físicas o mentales de un evento traumático y su correlación con el relato de la víctima es un aporte esencial pero no único, ya que la tortura puede existir sin que deje huellas contundentes. Los demás expertos forenses deberán reunir los testimonios y documentos relevantes, examinar el lugar de los hechos y los indicios que allí se encuentren y analizar toda esta información en su conjunto, para poder llegar a una determinación sobre el ejercicio de la acción penal<sup>13</sup>.

Debe quedar perfectamente entendido que no se debe realizar una evaluación psicológica de manera independiente y solitaria, sino que se deberá formar parte de una comisión investigadora multidisciplinaria.

### 3.4 Los objetivos de la investigación de un caso de tortura

De conformidad con el PE, el objetivo general de la investigación debe consistir en la aclaración de los hechos en relación con presuntos incidentes de tortura, con la intención de identificar a los responsables y facilitar su procesamiento, o para utilizar la información dentro de otros contextos enfocados en procedimientos para la compensación de las víctimas. Para alcanzar este objetivo será necesario: 1) obtener declaraciones de las víctimas de la presunta tortura; 2) recuperar y preservar las pruebas (incluidas las pruebas médicas y psicológicas) relacionadas con las alegaciones de tortura que puedan ayudar con el procesamiento de los responsables; 3) identificar a posibles testigos y obtener sus declaraciones con respecto a la presunta tortura, para poder establecer cómo, cuándo y dónde ocurrieron los actos de tortura<sup>14</sup>.

A la luz de lo anterior, queda claro que una evaluación psicológica no es suficiente para determinar si una persona fue o no torturada.

El PE indica cuáles son los objetivos de la realización de los exámenes médicos y psicológicos. Específicamente para estos últimos, establece: “determinar el grado de coherencia que existe entre el relato que el individuo hace de la tortura y las señales psicológicas que se observan en el curso de la evaluación”<sup>15</sup>.

Con frecuencia algunas autoridades solicitan la realización de peritajes para comprobar actos de “tortura psicológica”. Sin embargo, este tipo de solicitudes están fuera de los objetivos señalados en el Protocolo toda vez que el PE no hace ninguna referencia o recomendación mediante la cual se pueda determinar la existencia de la “tortura psicológica”. Por el contrario, el Protocolo señala: “La distinción entre métodos de tortura física y psicológica es artificial. Por ejemplo, la tortura sexual causa generalmente tanto síntomas físicos como psicológicos, aun cuando no haya habido agresión física”<sup>16</sup>.

Conviene agregar que la Guía se centra en las consecuencias y alteraciones psicológicas que puede dejar un acto de tortura sin hacer una definición del término “tortura psicológica”. Todos los tipos de tortura comprometen inevitablemente procesos

psicológicos. Por lo tanto, todos los métodos realizados para producir dolor físico deben ser considerados como un medio de quebrar la resistencia psicológica. Por esta razón, la Guía concluye que “la tortura no puede ser separada en dos categorías distintas”<sup>17</sup>.

Así entonces, cuando una autoridad solicite dictaminar o diagnosticar sobre tortura psicológica, esta petición no debe ser atendida, argumentando a la autoridad estos motivos.

### 3.5 La documentación de un caso de tortura

Toda investigación de tortura deberá estar soportada documentalmente. Los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura* establecen que la comisión estará facultada para obtener toda la información necesaria para la investigación que llevará a cabo.

El PE plantea la necesidad de que el informe final contenga “un resumen de fuentes colaterales (por ejemplo, registros médicos, jurídicos y psiquiátricos)”, encomendando a los investigadores para que hagan “esfuerzos por recoger el historial completo de torturas, persecuciones y otras experiencias traumáticas importantes”. También añade: “Es preciso que el entrevistador conozca las cuestiones legales pertinentes ya que estas determinarán la naturaleza y cantidad de información necesaria para bien documentar los hechos”<sup>18</sup>.

### 3.6 La ética profesional, el consentimiento informado y el proceso de evaluación psicológica

El capítulo IV del PE establece las salvaguardias de procedimiento respecto a las personas detenidas. Ahí se plantea que tanto la persona que denuncia haber sido torturada como sus representantes legales deberán tener acceso a la información y a todas las audiencias y diligencias relativas a la investigación, recomendando también que en el momento del examen médico-psicológico se facilite el acceso a representación legal, por lo cual que es recomendable que el representante de la víctima de tortura se encuentre presente durante “la solicitud del examen y durante el transporte ulterior del detenido”<sup>19</sup>.

El artículo 4 de los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura* señalan: “Las presuntas víctimas de torturas o malos tratos y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso”. Acotando lo anterior con el artículo 6, apartado C: “se recabará la opinión del sujeto y de su representante sobre el proceso de examen, que quedará registrada en el informe”<sup>20</sup>.

Cabe añadir que los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura* señalan al personal de salud encargado de la atención médica de personas presas o detenidas el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas. Asimismo, ordena la prohibición de que cualquier profesional de la salud contribuya con sus conocimientos para realizar sobre una persona un acto de tortura<sup>21</sup>.

Los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura* consideran que el personal pericial que participe en la investigación de un caso de tortura se deberá conducir en todo momento conforme a las normas éticas más estrictas y deberá obtener el libre consentimiento de la persona antes de examinarla. El reconocimiento deberá respetar las normas establecidas por la práctica médica. Concretamente, se llevará a cabo en privado bajo el control de los expertos forenses (medicina y psicológica) y nunca en presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios del Gobierno<sup>22</sup>.

### 3.7 Las pruebas psicológicas en la investigación de un caso de tortura

En relación con el uso de pruebas psicológicas, tanto el Protocolo como la Guía exponen que son escasos los datos publicados sobre la utilización de pruebas psicológicas tanto proyectivas como objetivas de personalidad en la evaluación de los supervivientes de la tortura, advirtiendo que las pruebas psicológicas de la personalidad carecen de validez transcultural. En ese sentido, manifiestan que dichos factores se combinan, limitando gravemente la utilidad de las pruebas psicológicas para la evaluación de víctimas de la tortura. En cambio, las pruebas neuropsicológicas pueden ser útiles para evaluar casos de lesiones cerebrales resultantes de la tortura. Las personas que han sobrevivido a la tortura pueden tropezar con dificultades para expresar en palabras sus experiencias y síntomas, por lo que en ciertos casos se puede hacer uso de listas

de comprobación sobre acontecimientos traumáticos y síntomas si el entrevistador estima que podría ser útil<sup>23</sup>.

### 3.8 Informe psicológico completo conforme al Protocolo de Estambul

La Guía propone los componentes que deberá contemplar el informe final. Así, la estructura del informe final o dictamen pericial en materia de psicología forense derivado de la evaluación psicológica realizada a una víctima de tortura deberá incluir: la introducción, la revisión documental, la historia de tortura, las quejas psicológicas actuales, la historia posterior a la tortura, la historia previa a la tortura, la historia clínica, los antecedentes de uso y abuso de sustancias, el examen del estado mental, la evaluación del funcionamiento social, la impresión diagnóstica y las recomendaciones<sup>24</sup>.

### 3.9 Recomendaciones conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la reparación del daño

La investigación de un caso de tortura con enfoque de DD. HH. deberá contemplar los deberes de verdad, justicia y reparación. Los dos primeros en esencia se cumplen al realizar la investigación cumpliendo con los principios de rapidez, sencillez y efectividad. Sin embargo, el deber de reparación no siempre se cumple.

La Guía señala que la evaluación psicológica proporciona información vital para determinar las necesidades terapéuticas de las víctimas, así como la demostración de las necesidades para una plena reparación y compensación por parte del Estado<sup>25</sup>.

De conformidad con el PE, el informe final de la evaluación psicológica deberá incluir el apartado *Recomendaciones*, las cuales pueden depender del planteamiento formulado en la petición de la evaluación. En este apartado se pueden considerar temas de cuestiones legales, judiciales, de reubicación y de necesidad de tratamiento. Las recomendaciones pueden servir para evaluaciones posteriores, tales como pruebas neuropsicológicas, tratamiento médico o psiquiátrico o la necesidad de seguridad o de asilo. El PE recomienda que el experto en psicología no dude en insistir al solicitar cualquier consulta o examen que considere necesario. Asimismo, para la documentación

de la tortura la evaluación psicológica deberá combinarse con la evaluación de otras necesidades de las víctimas. De este modo, las que parezcan tener necesidades de cuidados médicos o psicológicos deberán ser transferidas a los servicios pertinentes. El(la) psicólogo(a) deberá conocer los servicios locales de rehabilitación y apoyo<sup>26</sup>.

## 3.10 Disponibilidad de recursos

En el PE se subsumen los elementos institucionales de los DD. HH.; por lo tanto, contempla el elemento de disponibilidad. El párrafo 79 concreta que las personas que realicen la investigación dispondrán de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para una investigación eficaz. Asimismo, dicho ordenamiento es citado en los principios relativos a la investigación de tortura.

Es relevante mencionar que este estándar de disponibilidad concierne más al Estado que a los investigadores. Sin embargo, si los encargados de la investigación carecen de la capacitación necesaria, el equipo especializado y los recursos técnicos y presupuestarios suficientes, difícilmente podrán realizar una efectiva investigación del caso.

## 4 CUESTIONARIO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE TORTURA

Siendo la prohibición absoluta de la tortura una norma *ius cogens*, cobra especial relevancia que los operadores encargados de investigar actos de tortura lo hagan de manera efectiva para dar cumplimiento a las convenciones internacionales en la materia. Como la tortura deja graves alteraciones psicológicas en las víctimas, es primordial la participación de psicólogos(as), quienes deben tener no solo un título en su ciencia, sino además contar con firmes conocimientos sobre los tratados y convenios internacionales de DD. HH. para realizar su labor investigativa de manera efectiva. Para ello se propone un instrumento para medir si el forense en psicología que participa en la investigación de un acto de tortura conoce, aplica y obedece los estándares internacionales, lo cual implica además que el Estado cumple con su obligación convencional de investigar los actos de tortura.

Cuestionario del cumplimiento de los estándares de la investigación de casos de tortura		
<b>1. Tutela judicial efectiva (rapidez, sencillez y efectividad)</b>	<b>Sí</b>	<b>No</b>
<b>Rapidez:</b> ¿Ha participado en la investigación de algún caso de tortura que se ha iniciado después de seis semanas de la tortura? ¿Ha participado en la investigación de algún caso de tortura que se ha iniciado después de tres meses de la denuncia?		X
¿Ha participado en la investigación de algún caso de tortura que se haya demorado más de quince meses?		X
<b>Sencillez:</b> ¿Considera que el procedimiento establecido para la participación de un caso de tortura es sencillo?	X	
<b>Efectividad:</b> ¿Considera que la participación en un caso de tortura contribuye al esclarecimiento de los hechos, la sanción a los responsables y la reparación de daño?	X	
<b>2. Independencia y autonomía e imparcialidad</b>	<b>Sí</b>	<b>No</b>
<b>Independencia:</b> ¿Sus dictámenes son supervisados para posteriormente ser liberados por algún jefe inmediato?		X
¿Debe esperar la autorización previa o el visto bueno de alguna supervisión para emitir su dictamen o informe final?		X
<b>Autonomía:</b> ¿Ha recibido instrucciones para modificar algún aspecto esencial de su informe final?		X
¿Tiene la libertad de emitir sus conclusiones finales sin presión de algún funcionario interno o externo a su institución?	X	
<b>Imparcialidad:</b> ¿Ha participado en la investigación de algún caso de tortura donde el presunto torturador pertenece a la misma institución donde usted labora?		X
¿Ha participado en la investigación de algún caso de tortura donde los hechos denunciados han ocurrido en dentro de la misma institución donde usted labora?		X
<b>3. Investigación completa (investigación en solitario)</b>	<b>Sí</b>	<b>No</b>
<b>Equipo multidisciplinario:</b> ¿Ha realizado evaluaciones psicológicas de algún caso de tortura de manera aislada y solitaria sin formar parte de un equipo multidisciplinario?		X
<b>Trabajo en equipo</b> ¿En su participación forma parte de un equipo de trabajo para investigar casos de tortura?	X	
¿Mantiene comunicación y realiza debates con los demás miembros del equipo multidisciplinario antes de emitir sus conclusiones finales?	X	
<b>4. Los objetivos de la investigación</b>	<b>Sí</b>	<b>No</b>
<b>Determinar si una persona ha sido o no víctima de tortura</b> ¿En sus dictámenes e informes finales de evaluaciones psicológicas ha emitido conclusiones determinando la existencia o no de tortura?		X
<b>Dictaminar tortura psicológica</b> ¿Ha realizado evaluaciones psicológicas independientes con el objetivo de determinar la existencia de tortura psicológica?		X
<b>5. La documentación</b>	<b>Sí</b>	<b>No</b>
<b>Negado u obstaculizado el acceso al expediente</b> ¿Ha tenido dificultades de acceso a los documentos de un caso de tortura donde usted participa en la investigación?		X

Cuestionario del cumplimiento de los estándares de la investigación de casos de tortura		
<b>Dictaminado sin revisión de expediente</b> ¿Ha realizado entrevistas psicológicas en casos de tortura sin haber analizado los documentos y antecedentes del caso?		X
<b>6. La ética profesional</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>
¿La entrevista y la evaluación psicológicas se realizan de acuerdo con los procedimientos señalados en el Protocolo de Estambul (PE)?	X	
<b>Consentimiento informado</b> ¿Antes de realizar una entrevista psicológica se obtiene la firma para el consentimiento informado explicando: el propósito, los límites de la confidencialidad, proceso de la entrevista, beneficio y resultados, el derecho a rechazar la evaluación, a pedir una segunda opinión o a una evaluación?	X	
¿La firma del consentimiento informado se obtuvo en presencia del defensor, abogado o persona de confianza?	X	
<b>7. Las pruebas psicológicas</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>
¿Para realizar una evaluación psicológica aplica forzosamente pruebas proyectivas y de personalidad subjetivas a la víctima?		X
¿Los resultados de las pruebas psicológicas aplicadas son fundamentales en la emisión de sus conclusiones finales?		X
<b>8. El informe psicológico completo conforme al Protocolo de Estambul</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>
¿El dictamen psicológico o informe final sigue los lineamientos del capítulo VI del PE?	X	
¿Conoce los apartados que debe contener el informe final de psicología de acuerdo con el PE?	X	
¿El dictamen o informe final contiene elementos contrarios al PE?		X
<b>9. Recomendaciones con enfoque de derechos humanos</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>
¿El dictamen o informe final contempla recomendaciones relacionadas con la atención de otras necesidades o tratamientos de las víctimas?	X	
En caso de que los resultados de la evaluación psicológica concuerden con la existencia de un acto de tortura, ¿contempla el dictamen alguna recomendación relacionada con la reparación integral del daño?	X	
<b>10. Disponibilidad de recursos</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>
<b>Disponibilidad de los recursos técnicos</b> ¿Dispone de los elementos materiales y técnicos necesarios para realizar las evaluaciones psicológicas?	X	
<b>Disponibilidad de recursos presupuestarios</b> ¿Dispone de los recursos financieros y presupuestarios para trasladarse a lugar donde se encuentra la víctima?	X	
<b>Carga excesiva de trabajo</b> ¿Cuenta la institución con el suficiente personal pericial en materia de psicología para investigar las denuncias de tortura?	X	

Se plantea que este instrumento sea aplicado a todo el personal pericial del área de psicología forense, incluidos mandos medios y jefaturas de dicha especialidad, en organismos estatales y federales de servicios periciales. Asimismo, se propone dar a conocer los resultados a las áreas de dirección general junto con el informe de los estándares que no se están cumpliendo. En este instrumento se han marcado con una X las respuestas correctas o esperadas, que corresponden al cumplimiento de cada uno de los diez estándares enumerados. Cualquier respuesta contraria a las marcas predeterminadas implica el incumplimiento en dicho estándar, lo cual a su vez da una orientación de las áreas o aspectos que se deben reforzar para cumplir con el estándar en cuestión.

## 5 DECÁLOGO DEL PROFESIONAL DE LA PSICOLOGÍA PARA LA INTERVENCIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN DE TORTURA

En este capítulo se desarrollaron diez estándares enfocados al cumplimiento del derecho a la investigación de actos de tortura. La no observancia de alguno de estos estándares implica que el experto forense del área de psicología encargado de la investigación no ha respetado dicho estándar y, en consecuencia, se está violando el derecho a la investigación del caso de tortura. Así las cosas, el Estado mismo estaría incumpliendo su obligación de investigar todo acto de tortura que ocurra en su territorio.

Estos estándares han sido resumidos y agrupados en un documento de consulta rápida y de ágil lectura, denominado *Decálogo del profesional de la psicología para la intervención de una investigación de tortura*, que puede ser impreso en una sola hoja, tamaño oficio o doble carta, y ser colocado en una parte visible para su consulta.

## 1 ESTÁNDAR DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- La evaluación psicológica deberá realizarse de acuerdo con *los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura*, que señalan que los Estados velarán por que se investiguen con prontitud y efectividad las quejas o denuncias de torturas o malos tratos.
- Los principios de la *tutela judicial efectiva* demandan que la investigación de un acto de tortura sea rápida, sencilla y efectiva.
- Una vez denunciado un acto de tortura, su investigación deberá iniciar de inmediato, dentro de las primeras seis semanas, no debe demorar más de tres meses\* y el tiempo de duración no debe exceder de los quince meses\*\*. En caso contrario, se incurre en una violación de derechos humanos. El estudio psicología forense deberá estar dentro de estos parámetros.
- Los procedimientos necesarios para realizar la evaluación psicológica deben ser sencillos, por lo que un excesivo y complicado diseño de procedimientos puede implicar la violación al derecho a la investigación de un caso de tortura.
- En la medida en que la evaluación psicológica ayude en el esclarecimiento de los hechos, la sanción a los responsables y la reparación de daño, esta se podrá considerar como efectiva.

## 2 INDEPENDENCIA, AUTONOMÍA E IMPARCIALIDAD

- Se evitará realizar una evaluación psicológica si se pertenece a la misma institución a la del presunto culpable de tortura, o si los hechos ocurrieron dentro de la misma institución. La evaluación deberá realizarse de una manera autónoma sin una excesiva injerencia o presión de algún funcionario en la conclusión final del informe.
- El(la) psicólogo(a) asignado para participar en la investigación de un caso de tortura respetará su obligación de actuar de forma imparcial en todo momento, excusándose de intervenir en dicha investigación si observa que se encuentra en riesgo su imparcialidad.

## 3 INVESTIGACIÓN COMPLETA

- Toda evaluación psicológica para casos de tortura debe realizarse dentro de un equipo multidisciplinario que conste de tres miembros o más. Se deben realizar debates respecto de los resultados finales de la investigación, para lo cual cada uno de los profesionales involucrados en la investigación tiene la responsabilidad de complementarse y comunicarse con los demás profesionistas de las distintas áreas con base en una visión clara de las funciones que corresponde a cada disciplina.
- Deberá evitarse la realización de una evaluación psicológica de manera aislada y en solitario.

## 4 OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

- Los objetivos primordiales de la investigación de un caso de tortura son: el esclarecimiento de los hechos; la identificación y sanción a los responsables; la reparación del daño y la compensación para las víctimas. Para cumplirlos, será necesario obtener declaraciones de las víctimas, de los presuntos torturadores; recuperar y preservar las pruebas; identificar y entrevistar a los posibles testigos; y determinar cómo, cuándo y dónde se produjo el incidente de tortura, así como cualquier tipo de práctica que pudiera haber guardado relación con ella.
- Una evaluación psicológica no es suficiente para determinar si una persona ha sido torturada o no. La participación de la especialidad de la psicología consiste únicamente en *“determinar el grado de coherencia que existe entre el relato que el individuo hace de la tortura y las señales psicológicas que se observan en el curso de la evaluación”*.
- El informe final de una evaluación psicológica nunca deberá concluir la existencia o no de un acto de tortura en una persona. De igual manera, no se deberá dictaminar la existencia o no del concepto de “tortura psicológica” ya que, de acuerdo con el estándar del Protocolo de Estambul (PE), la tortura *no puede ser separada en dos categorías distintas*.

## 5 DOCUMENTACIÓN

- La participación en la investigación de un acto de tortura brinda la facultad y la obligación para obtener toda la información necesaria acerca de la tortura. Deberán recopilarse documentos sobre el historial completo de la tortura. Antes de toda entrevista psicológica se deberá haber reunido y leído toda la documentación relativa al caso. Esta determinará la naturaleza y cantidad de información necesaria para registrar bien los hechos.
- Evitar cualquier entrevista y evaluación psicológica si no se ha tenido aún acceso a la documentación necesaria.

## 6 INVESTIGACIÓN, ENTREVISTA Y ENCUESTA. CONSENTIMIENTO INFORMADO

- El proceso de entrevista y evaluación psicológica deberá hacerse siguiendo siempre las bases del capítulo VI del PE, así como las guías y manuales actualizados aceptados por los organismos internacionales de derechos humanos, observando siempre la ética profesional y evitando reglamentos contrarios al PE.
- Se deberá obtener el consentimiento informado por escrito en todos los casos antes de realizar cualquier evaluación psicológica, explicando a la persona que se va a evaluar: el propósito de la entrevista; los límites de confidencialidad; el contexto, el marco y el proceso de la entrevista; los beneficios y posibles resultados de la evaluación; el derecho a rechazar la evaluación o/y pedir una segunda opinión o ser evaluado por un psicólogo de su preferencia. Asimismo, se le debe advertir a la persona que se cuestionará sobre su historia psicosocial incluyendo la historia de la tortura. Todo esto tiene el fin de preparar al individuo para las difíciles reacciones emocionales que pueda provocar dicha evaluación. Se procurará que la firma de este requisito sea en presencia del defensor, abogado o persona de confianza de la víctima.

## 7 PRUEBAS PSICOLÓGICAS

- Los estándares internacionales recomiendan precaución con el uso de pruebas psicológicas, sobre todo en la utilización de tests psicométricos, pruebas proyectivas o cuestionarios de personalidad para la evaluación de supervivientes de la tortura, considerando que las pruebas psicológicas de personalidad carecen de validez transcultural. Las personas que han sobrevivido a la tortura pueden tropezar con dificultades para expresar en palabras sus experiencias y síntomas, por lo que en ciertos casos se puede hacer uso de listas de comprobación sobre acontecimientos traumáticos y síntomas, si el entrevistador estima que podría ser útil.
- Si se decide usar pruebas psicológicas, *no* se les debe dar prioridad a los resultados de estas, ni se deben fundamentar las conclusiones del informe final en dichos resultados, sino que los tests solo tendrán un valor complementario. En todo caso es el clínico quien debe decidir si hay necesidad de emplear algún test psicológico dentro el proceso de evaluación y es él quien debe tomar su decisión, sin interferencia alguna con su independencia y autonomía clínica. Esto significa que no debe haber ninguna razón válida que lo obligue a aplicar cierto tipo y número de pruebas psicológicas.

## 8 INFORME PSICOLÓGICO COMPLETO CONFORME AL PROTOCOLO DE ESTAMBUL

- El resultado de una evaluación psicológica dentro de la investigación de un caso de tortura es el informe o dictamen psicológico. La estructura del dictamen pericial en materia de psicología forense deberá incluir: una introducción del caso, la historia de tortura, las quejas psicológicas actuales, la historia posterior a la tortura, la historia previa a la tortura, la historia clínica, los antecedentes de uso y abuso de sustancias, el examen del estado mental, la evaluación del funcionamiento social, la impresión diagnóstica y las recomendaciones. Estos lineamientos se encuentran señalados en el PE y en su *Guía para psicólogos*.

## 9

## RECOMENDACIONES CONFORME

- De conformidad con el PE, el informe final de la evaluación psicológica deberá incluir el apartado de *Recomendaciones*, las cuales pueden depender de las preguntas formuladas en el momento de la evaluación. En las recomendaciones se pueden considerar temas de cuestiones legales, judiciales, de asilo, de reubicación y de necesidad de tratamiento. Las recomendaciones pueden servir para evaluaciones ulteriores, tales como pruebas neuropsicológicas, tratamiento médico o psiquiátrico o la necesidad de protección o asilo. El PE puntualiza que el(la) psicólogo(a) no debe dudar en insistir al solicitar cualquier consulta o examen que considere necesario. La evaluación psicológica deberá combinarse con la evaluación de otras necesidades de las víctimas. Las que parezcan tener necesidades de cuidados médicos o psicológicos deberán ser transferidas a los servicios pertinentes. El(la) psicólogo(a) deberá conocer los servicios locales de rehabilitación y apoyo. Estas recomendaciones podrán estar relacionadas también con el derecho a la reparación del daño, el derecho a la verdad y la sanción a los responsables.

## 10

## DISPONIBILIDAD DE RECURSOS

- El PE considera que las personas que realicen la investigación dispondrán de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para una investigación eficaz. Este ordenamiento está contenido en *los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura*.

\*\*Protocolo de Estambul; Guía para psicólogos del PE;

\*CIDH, Caso Cabrera y Montiel vs. México.

## 6

## RECOMENDACIÓN

Se hace necesario trabajar en la investigación y extrapolación de estos estándares a otras disciplinas forenses que deben intervenir en la investigación de casos de tortura como lo son la medicina, la antropología, la criminalística, la dactiloscopia, la genética, entre otras, a fin de que exista un verdadero trabajo interdisciplinario y que cada experto forense que participe realice su experticia de una manera efectiva, combatiendo así finalmente el flagelo de la tortura y llevando a la realidad la verdadera prevención, la sanción de los responsables y la reparación integral del daño a las víctimas.

## REFERENCIAS ADICIONALES

- a. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (OACNUDH), *Consideraciones para la investigación y documentación de la tortura en México* (DR©, 2007).
- b. Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Adición Misión a México* (2014, disponible en: [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1)).
- c. Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos* (FLACSO, México, 2013).

## NOTAS AL PIE

2. Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), *Panorama sobre legislación contra la tortura en América Latina y el Caribe* (2017, disponible en [https://www.apt.ch/content/files\\_res/apt-cti\\_panorama-sobre-legislacion-contra-la-tortura-en-america-latina-y-el-caribe\\_2017.pdf](https://www.apt.ch/content/files_res/apt-cti_panorama-sobre-legislacion-contra-la-tortura-en-america-latina-y-el-caribe_2017.pdf)).
3. Amnistía Internacional (AI), *Informe 2017/18 Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo* (Reino Unido, 2018), p. 30.
4. Alejandro Anaya, “Indicadores de derechos humanos: tipos, métodos y bases de datos existentes” (En Karina Ansolabehere, Francisco Valdés Ugalde y Daniel Vázquez (Coords.), *De la promesa institucional a la realidad. Los derechos humanos en las democracias latinoamericanas: 1990-2010*, México, Flacso, en prensa).
5. Comité de Derechos Humanos (CCPR), *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Resolución 2000/43 de 20 de abril de 2000, Naciones Unidas, 2000, disponible en [www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/EffectiveInvestigationAndDocumentationOfTorture.aspx](http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/EffectiveInvestigationAndDocumentationOfTorture.aspx)).
6. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), “La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos” (En *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010), p. 26.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)* (2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)), p. 76.
8. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Protocolo de Estambul* (Organización de las Naciones Unidas, 2004, disponible en [www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf)), p. 64.
9. Comité de Derechos Humanos (CCPR), *op. cit.*
10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *op. cit.*, p. 44.
11. Ídem.
12. *Ibíd.*, p. 12.
13. Ídem.
14. *Ibíd.*, p. 31.
15. *Ibíd.*, p. 97.
16. *Ibíd.*, p. 55.
17. International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT). *Guía práctica del Protocolo de Estambul para psicólogos* (2009, disponible en [www.irct.org/Files/Filer/publications/psychological\\_sp\\_web\\_red.pdf](http://www.irct.org/Files/Filer/publications/psychological_sp_web_red.pdf)).
18. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *op. cit.*, p. 102.
19. *Ibíd.*, p. 48.
20. Comité de Derechos Humanos (CCPR), *op. cit.*
21. Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (adoptados por la Asamblea General en su Resolución 37/194, de 18 de diciembre, 1982).
22. Comité de Derechos Humanos (CCPR), *op. cit.*
23. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *op. cit.*, p. 104.
24. International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT), *op. cit.*
25. *Ibíd.*, p. 18.
26. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *op. cit.*, p. 106.

capítulo



**HACIA UN PROTOCOLO UNIVERSAL  
PARA ENTREVISTAS NO  
COERCITIVAS: SU IMPACTO  
POTENCIAL DESDE Y EN AMÉRICA**

Juan E. Méndez<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Profesor residente de Derechos Humanos, Washington College of Law, American University, Washington DC. Ex relator especial de Naciones Unidas para la tortura (2010-2016). Comisionado de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, desde 2017. El autor agradece la inestimable investigación y cooperación de Vanessa Drummond (Juris Doctor, WCL, 2017), Ana Dionne Lanier (Juris Doctor, WCL, 2018) y Christine Vlasic (Juris Doctor, WCL, 2019).

## RESUMEN

El derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una norma imperativa de derecho internacional, incorporada en complejos marcos normativos de muchos países. No obstante, estos marcos normativos no suelen traducirse en una reducción de la práctica de la tortura o del maltrato. Por consiguiente, en su último informe como Relator Especial Contra la Tortura de la ONU, Juan E. Méndez hizo un llamado a desarrollar estándares universales de prácticas de entrevistas no coercitivas y salvaguardias de procedimiento para asegurar que las personas acusadas o investigadas por supuesta comisión de delitos no sean sometidas a la tortura o malos tratos. Este “Protocolo Universal para Entrevistas no Coercitivas” estará basado en investigaciones científicas y buenas prácticas debidamente documentadas que muestran claramente que la tortura no “funciona” y que existen metodologías de entrevistas que producen mejores resultados en el combate contra la criminalidad. Este capítulo explica cómo el Protocolo será beneficioso para los Estados de América Latina, donde todavía es bastante común que las investigaciones criminales se lleven a cabo mediante el uso de la tortura y los malos tratos, en particular cuando los sospechosos se cuentan entre los sectores marginalizados y excluidos de la sociedad por razones raciales, étnicas o de condición social.

**Palabras clave:** Tortura – Protocolo – Universal – Entrevistas – Salvaguardias

## RESUMEN

The right to personal integrity and not to be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is a peremptory norm of international law, incorporated into the complex legal frameworks of many countries. However, these legal frameworks have not translated into a reduction in the practice of torture or ill treatment. Consequently, in his last report as the United Nations Special Rapporteur on Torture, Juan E. Méndez called for the development of universal standards for conducting non-coercive interviews and implementing attendant procedural safeguards to ensure that individuals accused of or investigated for allegedly committing crimes are not subjected to torture or ill treatment. This ‘Universal Protocol for Non-Coercive Interviews’ will be based on scientific investigations and documented best practices that clearly show that torture does not ‘work’ and that better methods exist to obtain evidence and fight crime. This chapter explains how the Protocol will be beneficial for countries in Latin America, where it is still common for state agents to employ torture and ill-treatment during the course of criminal investigations, particularly when the suspects are from marginalised or excluded sectors of society due to their race, ethnicity or social status.

**Key words:** Torture – Protocol – Universal – Interviews – Safeguards

# 1 INTRODUCCIÓN

El derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una norma imperativa de derecho internacional o *jus cogens*, que se aplica a todos los Estados, hayan o no suscripto tratados internacionales en la materia. Las obligaciones estatales que se derivan de esta prohibición absoluta, y que no reconoce excepciones por ninguna circunstancia, son asimismo normas de derecho internacional consuetudinario. Entre tales obligaciones, el deber de prevención, es decir, de impedir la tortura y los malos tratos, se aplica en todo momento, incluso durante la investigación de delitos graves y en situaciones de conflicto armado.

Más allá de su carácter *jus cogens* o consuetudinario, tanto la prohibición como sus obligaciones derivadas están hoy día codificadas en tratados internacionales y regionales y en sistemas jurídicos nacionales de todo el mundo<sup>2</sup>. Además del deber de prevención, las obligaciones derivadas aludidas incluyen la de investigar, procesar y castigar cada evento de tortura o maltrato; la exclusión de pruebas así obtenidas de todo procedimiento judicial o administrativo; la prohibición de extraditar o deportar a cualquier persona a un país donde pueda estar en riesgo de ser torturada o maltratada; y ofrecer reparaciones y rehabilitación a las víctimas<sup>3</sup>. Estos deberes estatales se complementan con una serie de garantías procesales dirigidas a su efectiva implementación.

Durante mi mandato como relator especial de las Naciones Unidas contra la tortura, visité varios países para asesorarlos en cómo cumplir sus obligaciones de observar la prohibición absoluta y de prevenir la tortura y los malos tratos. Así observé que, aunque en muchos países existen complejos marcos normativos (y el de derecho internacional es bastante sofisticado), estos no suelen traducirse en una reducción de la práctica de la tortura o del maltrato. Por lo tanto, en

mi último informe a la Asamblea General de Naciones Unidas hice un llamado a desarrollar estándares universales de prácticas de entrevistas no coercitivas y salvaguardias de procedimiento para asegurar que las personas acusadas o investigadas por supuesta comisión de delitos no sean sometidas a la tortura o malos tratos<sup>4</sup>.

Un protocolo con reglas claras sobre cómo se entrevista a sospechosos, víctimas y testigos sería un instrumento crucial para la prevención de la práctica de tortura como instrumento de investigaciones. Un sistema basado en el desarrollo y mantenimiento de una relación de entendimiento y respeto mutuo (*rappport*) entre el investigador y el entrevistado promoverá entrevistas eficaces, profesionales, éticas y no coercitivas que respeten la prohibición absoluta de la tortura y malos tratos y a la vez sean más conducentes al esclarecimiento y eventual sanción de hechos delictivos.

En ese orden de ideas, la parte 2 de este capítulo destaca la importancia y el impacto positivo de los protocolos y los instrumentos no vinculantes en la elaboración de las normas fundamentales de derechos humanos y el papel que desempeñan para guiar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales. La parte 3 describe los riesgos que enfrentan las personas durante las primeras horas de custodia y algunas de las “justificaciones” dadas por los Estados sobre el uso de tortura, malos tratos o coerción durante el interrogatorio, incluyendo “escenarios de amenaza inminente” y la obtención de confesiones para “resolver crímenes” rápidamente. Esta tercera parte también presenta argumentos contra la suposición de que la tortura “funciona”, incluyendo la realidad de que las víctimas dirán cualquier cosa para detener el dolor, y describe la idea de un protocolo para entrevistas de investigación no coercitivas y salvaguardias legales correspondientes. Tal instrumento, que se encuentra en desarrollo, debe comenzar por afirmar que el objetivo de la entrevista investigativa es el esclarecimiento de los hechos y también el cumplimiento efectivo de la presunción de inocencia en materia penal.

Finalmente, la parte 4 afirma que el proyectado protocolo universal puede ser beneficioso para los Estados de América Latina a medida que avanzamos en el camino de la restauración democrática, teniendo en cuenta la práctica social y política de nuestras naciones.

## 2 PROTOCOLOS UNIVERSALES Y SU IMPACTO

El desarrollo de protocolos y normas para elaborar y detallar los estándares de derechos humanos fundamentales por parte de la comunidad internacional ha sido importante para guiar a los Estados sobre cómo han de cumplir con sus obligaciones internacionales. Varios instrumentos llamados de “derecho blando” (*soft law*), porque no son por sí mismos vinculantes, son de todos modos de gran influencia y peso normativo ya que elaboran y dan contenido concreto a obligaciones que sí son vinculantes para los Estados, como las referidas más arriba en relación con la tortura. Tales protocolos o guías de actuación tienden a ilustrar con mayor especificidad y por ello a dar contenido concreto a las obligaciones vinculantes, así como a indicar cómo se deben incorporar los estándares de derechos humanos al derecho interno. Los más exitosos y más ampliamente citados de tales instrumentos son los que reflejan las mejores prácticas de diversos países y tienden a universalizarlas. Se trata de la manera más práctica de desarrollar directrices para ayudar a los Estados a cumplir sus obligaciones jurídicas fundamentales.

Un documento de estándares y directrices establece el “estándar de oro” o la aspiración más alta en términos de cumplimiento de obligaciones y eficacia en la lucha contra el delito. El mismo proceso de consultas y elaboración de un protocolo genera un foro donde la comunidad internacional puede ayudar a los Estados a conocer prácticas exitosas y a implementar cambios positivos. Ejemplos significativos de estos procesos son las recientes revisiones de instrumentos esenciales para los derechos humanos como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (hoy conocidas como las Reglas Nelson Mandela) y el Protocolo Modelo para la Investigación Legal de Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (Protocolo de Minnesota)<sup>5</sup>.

En mi informe a la Asamblea General ya mencionado abagué por un nuevo protocolo o documento de estándares para entrevistas en la investigación criminal. Tal protocolo debe estar enfocado en el proceso de entrevistas porque es allí

donde se procede a interrogatorios —muy frecuentemente coercitivos— que traen consigo el mayor riesgo de prácticas de tortura o malos tratos. Un protocolo puede ayudar a los Estados a combatir y prevenir el maltrato o la tortura de personas detenidas durante entrevistas y lograr cambios positivos en la cultura institucional y la mentalidad de los agentes del orden público y otros funcionarios.

## 3 PROTOCOLO UNIVERSAL PARA ENTREVISTAS

### 3.1 Tortura, malos tratos y coerción durante las entrevistas

Las personas entrevistadas por las autoridades en el curso de investigaciones criminales se enfrentan a todo el aparato represivo del Estado. El interrogatorio de sospechosos, especialmente, se relaciona intrínsecamente con el riesgo de intimidación, coerción y maltrato<sup>6</sup>. Durante la aprehensión y las etapas iniciales de la detención, los individuos se exponen al mayor peligro de ser sometidos a tortura o maltrato. Los riesgos son mayores todavía si se trata de personas vulnerables o pertenecientes a sectores sociales excluidos, y en particular si tales personas permanecen detenidas mientras se las investiga<sup>7</sup>.

El uso persistente de prácticas ilegales para hacer investigaciones no se reduce a interrogaciones coercitivas, sino que se engarza con la detención arbitraria, los allanamientos de moradas sin orden judicial, el uso excesivo de la fuerza en la detención y la sospecha de criminalidad basada en la discriminación racial o de condición social. En tal atmósfera de presión e intimidación, el objetivo de obtener confesiones suplanta al de perseguir la verdad. Todo ello, pero especialmente la interrogación hostil y con violencia física o moral sobre el sospechoso, se alimenta del falso argumento que sostiene que estas prácticas funcionan para obtener información útil<sup>8</sup>.

Un impulso decisivo al uso de prácticas ilegales es la presunción equivocada de que el maltrato y la coacción son necesarios para obtener confesiones o

información, así como que —en casi todos los casos— la información así obtenida refleja correctamente la realidad de los hechos. Aun reconociendo la ilegalidad de estos procedimientos, cunde la idea errónea de que la tortura es un “mal necesario”<sup>9</sup>. Esta percepción generalizada en sectores de opinión es especialmente frecuente en relación con investigaciones sobre delitos contra la seguridad nacional. En este contexto, los Gobiernos y autoridades recurren a los “escenarios de amenaza inminente” como una justificación del uso de interrogatorios abusivos e ilegales. Así, ha sido habitual que algunos Estados defiendan métodos de interrogación claramente coercitivos mediante el uso de eufemismos que pretenden que tales prácticas no constituyen tortura o malos tratos bajo las definiciones del derecho internacional<sup>10</sup>.

Otro elemento de la práctica de la tortura en detención es el predominio de sistemas jurídicos en los que la confesión es “la reina de las pruebas” para establecer responsabilidad penal<sup>11</sup>. La posibilidad de condenar a los sospechosos únicamente sobre la base de confesiones sin más pruebas confirmatorias alienta el uso del maltrato físico o psicológico, como también la intimidación o la coerción. Más aun, estos sistemas ponen presión sobre las autoridades para “resolver” hechos delictuales, lo que a su vez incentiva el uso de la tortura o maltrato para obtener la confesión<sup>12</sup>. En realidad, un sistema concentrado en obtener confesiones es menos efectivo para la investigación criminal que uno que pone el énfasis en la verdad de los hechos y en el cumplimiento efectivo de la presunción de inocencia.

La idea errónea de escenarios de “amenaza inminente” y los sistemas jurídicos que dan primacía a la confesión a la hora de establecer la responsabilidad penal crean un entorno favorable a que las autoridades recurran a la tortura o a las amenazas de tortura en situaciones de detención<sup>13</sup>. La perpetuación de prácticas ilícitas se ve agravada por la falta de compromiso para erradicar la tortura en todo momento. A su vez, la falta de una educación y capacitación adecuada de los investigadores, pero también del personal médico, militar, de inteligencia y de las fuerzas del orden, mantiene aún más la práctica viciada<sup>14</sup>. También influyen la falta de mecanismos efectivos de denuncia, vigilancia e investigación, y las repuestas inadecuadas a las denuncias y quejas que resultan en una cultura de impunidad<sup>15</sup>.

## 3.2 Argumentos para la disfuncionalidad de la tortura y la coerción

Es importante destacar que la idea popular de que la tortura es una práctica eficaz para investigar y encontrar la verdad no tiene respaldo ni en la historia ni en la ciencia ni en los datos empíricos de la criminología<sup>16</sup>. Se perpetúa, sin embargo, por las descripciones engañosas que se ofrecen en los medios masivos de comunicación. A menudo en la opinión pública así manipulada se ha asociado el uso de la tortura y malos tratos con un alto porcentaje de eficacia en la obtención de confesiones o de información. Lo que no se dice es que tales prácticas traen consigo un riesgo más alto de que las confesiones sean falsas y la información sea poco fiable<sup>17</sup>. Las víctimas de la tortura dirán cualquier cosa con tal de apaciguar a sus torturadores y dejar de sufrir más dolor. Con información poco fiable, entonces, los investigadores no pueden evaluar con algún grado de certeza si los datos obtenidos mediante malos tratos son veraces o falsos o si la información es completa<sup>18</sup>. Así, la investigación persigue datos y pistas que terminan en callejones sin salida y dispersan los recursos humanos y materiales del Estado con resultados negativos. En el peor de los casos, se obtienen confesiones falsas y condenas que luego deben ser revocadas por injustas. Las autoridades que emplean la tortura durante entrevistas tienden a malinterpretar a las víctimas y no reconocer la verdad, lo que a menudo sostiene un círculo vicioso de malos tratos y mentiras<sup>19</sup>.

Los entrevistadores e investigadores realmente profesionales insisten en que las entrevistas son mucho más eficaces cuando no se recurre a la tortura, los malos tratos o la coerción. Los expertos en criminología, historia o ciencias del comportamiento humano son unánimes en afirmar que no hay ningún cuerpo de datos empíricos que sostenga la eficacia estratégica de las técnicas “duras” de interrogación<sup>20</sup>. Lo que la ciencia comprueba es que la tortura y los malos tratos dañan las zonas del cerebro relacionadas con la memoria, el estado de ánimo y la función cognitiva general. Prácticas de la tortura y del maltrato debilitan, desorientan y confunden a los sujetos, distorsionan su noción del tiempo y los hace propensos a inventar recuerdos, aun cuando estén dispuestos a responder a preguntas<sup>21</sup>. También hay pruebas irrefutables en el ámbito del sistema de justicia penal que demuestran que los métodos de interrogatorios coercitivos, aun aquellos que no llegan al nivel de

la tortura, generan confesiones falsas. En algunas jurisdicciones, las indagaciones posteriores a la condena usando pruebas de ADN ponen de manifiesto que más de una cuarta parte de las personas condenadas erróneamente habían hecho una confesión falsa o una declaración inculpatória<sup>22</sup>.

El uso de información inexacta en investigaciones o en procesos judiciales, a raíz de haberla obtenido mediante tortura, conlleva consecuencias prácticas adversas para la administración de justicia y para el buen funcionamiento de las instituciones en general<sup>23</sup>. Además de provocar derroche de recursos e ineficiencia, supone la violación de normas internacionales, constitucionales, de buena gestión administrativa y de ética profesional. Más concretamente, resulta en veredictos y condenas injustas y que a la postre no se sostienen tras las apelaciones y revisiones judiciales<sup>24</sup>.

Muchos Estados han avanzado en la creación y aplicación de normas y directrices basadas en los derechos humanos para regular las investigaciones criminales y especialmente las prácticas de entrevistas para garantizar que no sean coercitivas. No es casualidad que varios de estos Estados —que se han tomado en serio la problemática de la entrevista en la investigación criminal— también tengan las tasas de criminalidad más bajas<sup>25</sup>. No es el caso de que tales Estados puedan darse el lujo de conducir entrevistas no coercitivas porque tienen baja criminalidad y mayores recursos, sino a la inversa: han conseguido éxitos en la reducción del crimen y en la efectiva protección de la ciudadanía porque han invertido esfuerzos (y no solamente recursos presupuestarios) en la profesionalización de sus investigadores y en su cumplimiento de las más altas normas éticas y de respeto a la ley<sup>26</sup>. Las investigaciones criminales en esos Estados son eficaces porque su objetivo principal es descubrir la verdad y no obtener confesiones.

Un sistema basado en los principios de respeto a los derechos humanos de todos también consigue más fácilmente la cooperación y el respeto de las comunidades a las fuerzas del orden, requisito esencial para la eficacia en la seguridad pública<sup>27</sup>. Asimismo, las prácticas legítimas de investigación protegen a los funcionarios encargados de cumplir la ley, porque si el presunto delincuente sabe (por experiencia propia o de otros) que a la detención seguirá la interrogación bajo tortura, es más probable que se resista al arresto y recurra a la violencia contra los uniformados. En última instancia, la tortura solo genera más delito por alimentar el odio y el deseo de venganza contra los torturadores<sup>28</sup>.

La decisión de recurrir a la tortura o a los malos tratos y el hecho de no impedir su uso dañan la reputación del Estado en el concierto de las naciones y ponen en riesgo la cooperación internacional en la persecución del crimen, como así también la asistencia técnica y científica de otros Estados y de instituciones de la comunidad internacional<sup>29</sup>. Más fundamentalmente, el Estado cuyos agentes practican la tortura bajo la tolerancia o la aquiescencia de sus autoridades sacrifica su autoridad moral y su legado en aras de la confesión y de la punición expeditiva<sup>30</sup>.

### 3.3 Un protocolo para las entrevistas

En mi informe me pronuncié a favor de la elaboración de un protocolo universal para las prácticas de entrevistas no coercitivas, fundado en sólidos principios éticos y jurídicos, sostenido en pruebas legítimamente obtenidas y con base empírica<sup>31</sup>. El protocolo debe resumir los principios rectores de un modelo de entrevista que respete plenamente la prohibición absoluta de la tortura y otros malos tratos. Debe tender a que la entrevista no coercitiva tenga por objeto el esclarecimiento de los hechos y también el cumplimiento efectivo de la presunción de inocencia en materia penal<sup>32</sup>. También debe impulsar una cultura de respeto a los derechos humanos y el uso de prácticas justas y éticas que aumenten de forma manifiesta la eficacia de las entrevistas y la obtención de información precisa y confiable. Con la base de investigaciones científicas y buenas prácticas debidamente documentadas, el protocolo fomentará la eficacia policial y ayudará a mantener sociedades más seguras<sup>33</sup>.

Propongo que el protocolo incluya un marco jurídico contra las prácticas de interrogatorio coercitivas, y el acatamiento a las salvaguardas exigidas por el derecho internacional relacionado con el debido proceso de ley y las garantías de un juicio justo<sup>34</sup>. También es importante que el protocolo utilice un marco basado en los derechos y que ese marco esté fundado en el principio de que la prohibición de la tortura es absoluta. Este principio fundamental, junto con otros derechos esenciales, como el respeto a la dignidad humana de todos los otros, sirve para fomentar un entorno en el que los investigadores lleven a cabo sus tareas de forma ética y respetuosa y, en última instancia, obtengan información más precisa y confiable.

El protocolo deberá también reflejar los principios rectores de la entrevista de investigación de conformidad con las mejores prácticas comparadas, e impulsar

un modelo de entrevistas basado en la exhaustiva preparación previa, la lectura cuidadosa de los expedientes y de las pruebas ya acumuladas, y el establecimiento de una relación de respeto y consideración entre el entrevistador y la persona investigada. Idealmente, el protocolo deberá también contener directrices para la formación y cambio en la cultura y mentalidad de las fuerzas del orden y otras autoridades<sup>35</sup>.

Además, los principios del protocolo deben aplicarse a las entrevistas realizadas no solo a acusados, sino también a testigos, víctimas y otras personas, y asimismo deben aplicarse a las investigaciones que se realizan durante operaciones militares y de inteligencia, aunque su propósito no sea estrictamente el procesamiento penal<sup>36</sup>.

El marco jurídico de derecho internacional contra la tortura y los malos tratos ya contiene normas claras sobre los derechos de las personas entrevistadas en tales contextos. Por ejemplo, las personas entrevistadas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas ni a confesarse culpables<sup>37</sup>. Asimismo, les está prohibido a las autoridades investigativas ejercer “presión física o psicológica directa o indirecta” para obtener confesiones<sup>38</sup>. Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohíbe toda forma de coacción, intimidación o amenaza durante las investigaciones y consagra la tortura, cuando es parte de un patrón sistemático o generalizado de conducta, como crimen de lesa humanidad susceptible de la competencia de la Corte Penal Internacional<sup>39</sup>. Todas esas normas complementan la prohibición de la tortura y los malos tratos en el contexto del interrogatorio de los sospechosos, y el nuevo protocolo debe reconocer ese marco jurídico altamente sofisticado y bien desarrollado en el derecho internacional contemporáneo. El marco jurídico aludido se complementa y aclara con la jurisprudencia de los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos que han elaborado hasta la fecha un amplio cuerpo de precedentes sobre las prácticas que constituyen tortura física o psicológica o malos tratos, así como de las obligaciones positivas que de ella se derivan para el Estado, y también de las normas de prevención que deben arbitrarse<sup>40</sup>.

El sistema acusatorio de persecución penal es el más avanzado y el que, en teoría, mejor protege los derechos de las personas que se ven involucradas en investigaciones criminales como acusados, sospechosos, “personas de interés,” testigos o víctimas. Tanto su eficacia como su legalidad dependen en gran parte de la existencia de controles efectivos contra la arbitrariedad en el ejercicio de las

funciones del Ministerio Público acusatorio<sup>41</sup>. Cuando tales controles son débiles o inexistentes, el sistema acusatorio suele traducirse en un modelo acusatorio de interrogatorio cuyo objetivo es la confesión y que se caracteriza por asumir *de facto* una presunción de culpabilidad de la persona investigada. En el otro extremo está el modelo que propugnamos: uno basado en la relación respetuosa entre investigador y entrevistado, en la construcción paciente de tal relación de respeto y confianza mutuos, y —sobre todo— en privilegiar la verdad sobre la confesión y en afirmar en todo momento la vigencia de la presunción de inocencia<sup>42</sup>.

Otros principios rectores de la entrevista de investigación pueden guiar el tránsito necesario del modelo interrogatorio que usa la confrontación y la manipulación psicológica. Las técnicas habituales de manipulación tienen, por naturaleza, un carácter coercitivo y socavan la libre voluntad, el juicio y la memoria de los entrevistados. Un cambio a un modelo de *rappport* en la entrevista de investigación contribuye a prevenir el maltrato y la coerción y a garantizar la eficacia en la resolución de todos los aspectos de un delito.

La esencia de un modelo alternativo de reunión de información fue capturada por primera vez por el modelo de entrevista denominado por la sigla PEACE y desarrollado originariamente en el Reino Unido. Los cinco pasos del modelo PEACE son la preparación y planificación; entablar relación y explicar; el relato; el cierre; y la evaluación<sup>43</sup>. Con la implementación correcta de un modelo de la entrevista de investigación, la entrevista se realiza para poner en práctica la presunción de inocencia. Los agentes generan hipótesis alternativas y las contrastan de manera activa mediante una preparación sistemática para el establecimiento de relaciones de empatía, la formulación de preguntas abiertas, la escucha activa, el sondeo estratégico y la revelación al entrevistado de posibles pruebas<sup>44</sup>. El objetivo es la construcción de un relato de los hechos que se presenta en forma libre y voluntaria, sin coerción de ningún tipo. El ciclo se cierra con la clausura del caso y con la ulterior evaluación de todo el proceso para aprender de errores y evitarlos en el futuro.

El modelo de la entrevista de investigación requerirá una formación específica de los funcionarios para que lo lleven a cabo satisfactoriamente y de acuerdo con el más alto grado de profesionalidad. En ese sentido, el protocolo debe insistir en la importancia de una formación adecuada y

periódica para las fuerzas del orden y otros funcionarios que participan en el interrogatorio de personas<sup>45</sup>. La formación debe incluir, entre otras cosas, conocimientos teóricos acerca de las normas y directrices nacionales e internacionales relativas a los interrogatorios, además de información útil, la preparación y la práctica en los pasos de las entrevistas de investigación y los ejercicios diseñados para facilitar el desarrollo de aptitudes<sup>46</sup>. La formación también debe hacer referencia a las pruebas científicas y empíricas sobre los hechos del caso, así como a similares estudios científicos que demuestran la falta de fiabilidad y el carácter contraproducente de la tortura y la coerción<sup>47</sup>.

Las referencias ayudarán también a lograr el cambio necesario en las mentalidades y en la cultura institucional de quienes se encargarán de las entrevistas. Igualmente, los Estados deben asegurarse de que los supervisores, los funcionarios judiciales, los fiscales y el personal médico reciban a su vez formación sobre las normas internacionales relativas a la prohibición y la prevención de la tortura, las técnicas de entrevista acordes con los derechos humanos y las obligaciones de presentar, documentar eficazmente e investigar las denuncias de tortura y malos tratos conforme a estándares internacionales sobre cómo detectar la tortura y el maltrato<sup>48</sup>. Así, la sensibilización de todo el personal que participa directa o indirectamente en las entrevistas no coercitivas puede fomentar una cultura de rendición de cuentas y de ruptura de la impunidad.

Es de suma importancia resolver el tema del alcance de las normas del futuro protocolo, aun en el caso de que se trate de un instrumento no vinculante o “de derecho blando”. Como las indagaciones dirigidas a sospechosos, víctimas y testigos tienen lugar en situaciones muy variadas, en principio deben redactarse normas que puedan en la práctica aplicarse a entrevistas informales cuando puedan conducir a la autoincriminación, aun a aquellas “conversaciones” que se llevan a cabo en la clandestinidad o en lugares ilegales de detención. Es importante también dilucidar la cuestión de si este protocolo se aplicará solamente a entrevistas llevadas a cabo en el contexto de una investigación policial propiamente dicha, o también a investigaciones administrativas, militares o de otro tipo, siempre que el objetivo sea el esclarecimiento de hechos delictivos y la sanción de los responsables.

Los párrafos anteriores son solamente un esbozo de lo que debe contener un nuevo protocolo universal para las entrevistas en la investigación criminal.

Naturalmente, estas sugerencias deben enriquecerse con el aporte de expertos, profesionales y observadores de la justicia penal de todas las culturas. El protocolo será elaborado eventualmente en colaboración con los mecanismos internacionales y regionales pertinentes de derechos humanos, la sociedad civil y expertos, especialmente aquellos con experiencia profesional en la investigación de delitos. Con su participación, el protocolo se convertirá en una herramienta esencial para la prevención de la tortura y del maltrato con base en los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y, ante todo, en la prohibición absoluta de la tortura y los malos tratos<sup>49</sup>.

## 4 IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

En el proceso de elaboración a que aludimos en los párrafos precedentes, la contribución de América Latina será determinante. En épocas dictatoriales nuestros países pagaron un precio trágico por la propagación de la tortura como instrumento de persecución política. En el presente ciclo de restauración democrática de las últimas décadas, se ha consolidado una actitud de defensa de los derechos humanos en nuestras sociedades, así como en la mayoría de quienes elegimos para ejercer el poder del Estado. Sin embargo, aun con esa ventaja comparativa ha sido muy difícil concretar reformas judiciales y policiales que superen la práctica de la tortura como método de investigación<sup>50</sup>. La investigación, procesamiento y castigo de la tortura ha ocurrido en algunos casos muy valiosos, pero no ha sido suficiente en general para eliminarla de la práctica más o menos cotidiana de los cuerpos de seguridad<sup>51</sup>. No obstante, al mismo tiempo se han desarrollado experiencias de reforma que, hayan sido exitosas o no, constituyen una reserva de conocimiento y de ética profesional cuyo concurso para esta empresa resulta indispensable.

Un protocolo como el que proponemos será además muy beneficioso para los Estados de América Latina, a condición de que refleje adecuadamente la práctica social y política de nuestras naciones y recoja también la de otras latitudes. En nuestros países todavía es bastante común que las investigaciones criminales

se lleven a cabo mediante el uso de la tortura y los malos tratos, en particular cuando los sospechosos se cuentan entre los sectores marginalizados y excluidos de la sociedad por razones raciales, étnicas o de condición social<sup>52</sup>. También se rompen los diques de contención contra la tortura cuando las autoridades y la sociedad perciben un peligro para la seguridad ciudadana con origen en el crimen organizado o en el aumento de la criminalidad violenta.

Implementar el protocolo en América Latina puede ser un desafío porque, a menudo, las víctimas que quieren denunciar a los autores de tortura tienen que hacerlo ante la misma institución para la cual trabaja el perpetrador. Esto con frecuencia conduce a investigaciones ineficaces por parte de sus colegas en la institución y, en última instancia, a la impunidad. Dicho problema se ve agravado por los altos niveles de corrupción y colusión entre varias divisiones de la policía y otras instituciones gubernamentales en América Latina. Por lo tanto, para remediar este problema, los Estados deben garantizar que las investigaciones y los cuerpos de investigación sean independientes, con fondos adecuados y otros recursos para garantizar que se sancione cada instancia de tortura.

Otro posible obstáculo es que los Estados de América Latina pueden no estar dispuestos a invertir los recursos necesarios para capacitar a policías y militares en técnicas éticas de investigación basadas en los derechos, ni en programas destinados a cambiar las actitudes de la sociedad sobre la eficacia de la tortura. Los Gobiernos que no respetan los derechos de su propio pueblo a la libertad de expresión y de reunión pueden no ser muy receptivos a la promoción de un marco para entrevistas no coercitivas basado en los derechos. En la consulta y el proceso de elaboración del protocolo se desarrollarán argumentos incontrastables sobre la mayor eficacia contra el crimen de la investigación criminal libre de tortura, contribuyendo así a un cambio cultural que es absolutamente necesario.

El mayor desafío será garantizar que los Estados implementen el protocolo, una vez elaborado y adoptado. Durante mi mandato como relator especial contra la tortura y malos tratos, visité algunos países de América Latina y encontré ejemplos del modelo coercitivo de interrogación y de sus consecuencias nocivas para la vigencia de los derechos humanos y para el Estado de derecho<sup>53</sup>. Asimismo, durante mi mandato procuré ser invitado a otros países, lamentablemente sin obtener tal invitación o bien con invitaciones cuyos términos de referencia no

eran aceptables bajo las normas de trabajo de los procedimientos especiales de Naciones Unidas<sup>54</sup>. Por último, durante los seis años de mi mandato, la Relatoría recibió y tramitó denuncias de tortura sobre varios países de la región y publicó anualmente sus observaciones al respecto<sup>55</sup>.

## 5 ACONTECIMIENTOS POSTERIORES A LA PUBLICACIÓN DEL INFORME

Con la cooperación de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y el Centro Noruego para los Derechos Humanos (Norwegian Centre for Human Rights, NCHR), la Iniciativa Contra la Tortura (Anti-Torture Initiative, ATI) de la Facultad de Derecho de la American University ha emprendido los primeros pasos para difundir la idea de un *Protocolo para entrevistas de investigación y las salvaguardias legales correspondientes*. En enero de 2017 celebramos una reunión de estrategia en Ginebra y, en mayo de ese año, una reunión de expertos técnicos en Nueva York, en ambos casos con participación de interesados de varios países<sup>56</sup>. En la reunión de mayo los participantes decidieron iniciar un proceso de redacción dirigido por expertos, a la vez que se sigue difundiendo la idea y reclutando expertos e interesados de todas las culturas jurídicas y regiones geográficas del mundo. Una parte de este proceso es la convocatoria de un Comité de Dirección de 15 expertos en diversas áreas sustantivas relevantes para el proceso, incluyendo vigilancia policial, aplicación de la ley, obtención de inteligencia, psicología y derecho.

La primera reunión del Comité de Dirección ocurrió en mayo de 2018 en Río de Janeiro, Brasil<sup>57</sup>. Durante la reunión, el Comité adoptó un plan de trabajo y un cronograma para el proyecto, elaboró parámetros relevantes para el alcance y el contenido de las directrices y acordó constituir un Grupo de Redacción de 11 miembros, compuesto por dos subgrupos de trabajo sobre los temas que componen el protocolo: las entrevistas de investigación y las salvaguardias legales.

El Grupo de Redacción realizó su primer taller en septiembre 2018 en Ginebra. En este evento desarrolló un esquema ampliado de lo que será eventualmente el protocolo, estableció los plazos que se anticipan para su redacción y asignó secciones del protocolo a distintos redactores. Luego, en diciembre de 2018, en

Túnez, el Comité de Dirección se reunió por segunda vez. En esta ocasión, se revisó un primer borrador del protocolo y se discutieron cuestiones sustantivas y de estrategia fundamentales, relacionadas con el futuro estatus del protocolo y las iniciativas necesarias para lograr su aprobación.

Se han realizado reuniones adicionales, como una segunda reunión del Grupo de Redacción (en abril de 2019 en Oslo, Noruega), y una reunión combinada del Comité de Dirección y el Grupo de Redacción (en septiembre de 2019 en Bangkok, Tailandia). Un Consejo Consultivo de más de 70 expertos, cuyos miembros puedan actuar como caja de resonancia para comentar y corregir textos y borradores sometidos a su consideración, también está en proceso de constitución. Se espera que la redacción se complete a mediados de 2020 y que el protocolo sea aprobado eventualmente por la Asamblea General o por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>58</sup>.

Por último, ya hay interés en algunos países de América Latina en la posibilidad de estándares internacionales de entrevistas con el objeto de promover entrevistas eficaces, éticas y no coercitivas que respeten la prohibición absoluta de la tortura y malos tratos. Los Estados de América Latina reconocen que un protocolo de entrevistas sería un instrumento crucial en la prevención de la práctica de la tortura como instrumento de investigación, así como un modelo para elaborar nuevas políticas de entrevistas sin métodos coercitivos.

## NOTAS AL PIE

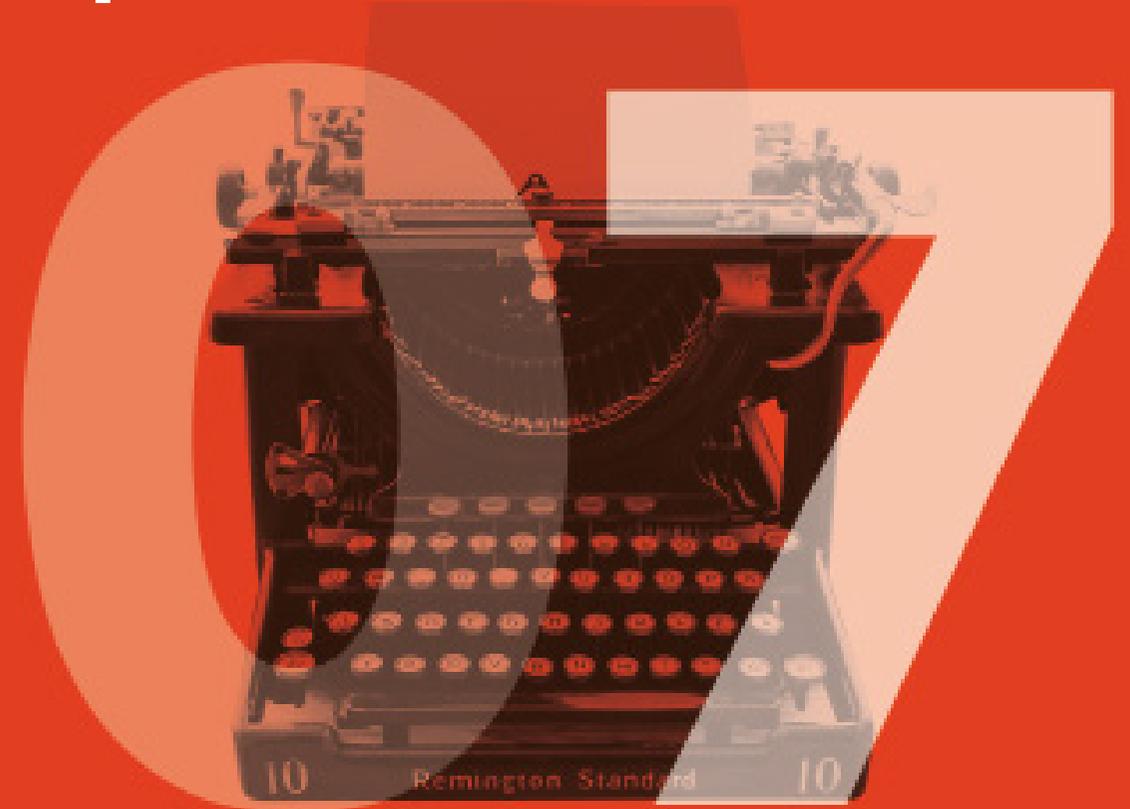
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (999 UNTS 171, adoptado 16-Dic.-1966, entrado en vigor 23-Marzo-1976); Convención Contra la Tortura (1465 UNTS 85, adoptada 10-Dic.-1984, entrada en vigencia 29-Junio-1987); Convención Europea de Derechos Humanos (312 UNTS 221, adoptada 4-Nov.-1950, entrada en vigor 3-Sept.-1953); Convención Americana de Derechos Humanos (9 ILM 673, adoptada 22-Nov.-1969, entrada en vigor 18-Jul.-1978); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (21 ILM 59, adoptada 27-Jun.-1981, entrada en vigencia 21-Oct.-1986).
3. Convención Contra la Tortura (1465 UNTS 85, adoptada 10-Dic.-1984, entrada en vigencia 29-Junio-1987), arts. 2 a 16.
4. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 agosto 2016).
5. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (las Reglas Nelson Mandela), UN Doc. A/C.3/70/L.3 (29 de septiembre 2015); Protocolo Modelo para la Investigación Legal de Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias modificado (2016. Ver [www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol.pdf), consultado el 13 de marzo de 2018).
6. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 8.
7. Ídem.
8. *Ibid.*, párr. 17.
9. *Ibid.*, párr. 9.
10. Ídem.
11. *Ibid.*, párr. 11.
12. *Ibid.*, párr. 10.
13. *Ibid.*, párr. 11.
14. *Ibid.*, párr. 15.
15. Ídem.
16. *Ibid.*, párr. 17.
17. Ídem.
18. Ídem.
19. Ídem.
20. Ídem.
21. Shane O'Mara, *Why Torture Doesn't Work: The Neuro Science of Interrogation* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2015).
22. The Innocence Project, *False confessions or admissions* (disponible en [www.innocenceproject.org/causes/false-confessions-admissions/](http://www.innocenceproject.org/causes/false-confessions-admissions/), consultado el 13 de marzo de 2018).
23. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 20.

24. Ídem.
25. *Ibid.* párr. 23. Ver, e. g., Tom Williamson, Becky Milne y Stephen P. Savage, *International Developments in Investigative Interviewing* (New York, N.Y., Routledge 2012) (analizando los modelos de entrevista PEACE de Inglaterra y KREATIV de Noruega y los avances que han hecho Holanda, Australia, Francia, Bélgica y Canadá en sus técnicas de entrevista); Danish Institute Against Torture, *Seminar Report: seminar on combatting torture during police custody and pre-trial detention* (22-23 de marzo de 2018, disponible en <https://stoptorture.today/wp-content/uploads/Baggrundsanalyse.pdf>, consultado el 3 de septiembre de 2018) (observando que el modelo PEACE ha sido adoptado por los servicios policiales en una serie de miembros del Consejo de Europa, incluyendo Dinamarca, Letonia, Noruega y Países Bajos. Además, Letonia recientemente estableció la Oficina de Seguridad Interna como un mecanismo de supervisión independiente para investigar quejas contra funcionarios del Ministerio del Interior, y adoptó estándares de derechos humanos y técnicas de entrevista no coercitivas).
26. *Ibid.*, párr. 59.
27. *Ibid.*, párr. 25.
28. *Ibid.*, párr. 22.
29. Ídem.
30. Ídem.
31. *Ibid.*, párr. 23-59.
32. *Ibid.*, párr. 42.
33. *Ibid.*, párr. 25.
34. Ídem.
35. *Ibid.*, párr. 30.
36. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 14(3)(g).
37. Comité de Derechos Humanos, Comentario General N° 32, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (23 de agosto de 2007).
38. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 36.
39. *Estudio sobre el fenómeno de la tortura y los malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, incluyendo una evaluación de las condiciones de detención*, A/HRC/13/39/Add.5 (5 de febrero de 2010); *Reporte del Comité contra la Tortura*, A/52/44 (10 de septiembre de 1997); *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18 de diciembre de 2006); *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Estados Unidos de América*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25 de julio de 2006); y *Observaciones finales sobre el Tercer Informe Periódico de Kazajstán*, U.N. Doc. CAT/C/KAZ/CO/3 (12 de diciembre de 2014).
40. Ver *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 39-47.
41. *Ibid.*, párr. 39.

42. *The peace Model of Investigation Interviews* (i-Sight) (disponible en <https://i-sight.com/resources/cheat-sheet-the-peace-model-of-investigation-interviews/>, consultado el 13 de marzo de 2018). (La sigla refleja los cinco pasos secuenciales: *Preparation, Establishing rapport, Account, Closing, y Evaluation*). Otro modelo es KREATIV, desarrollado en Noruega y basado en el modelo PEACE, cuyo objetivo es prevenir tortura y confesiones falsas. KREATIV está basado en los principios de comunicación, Estado de derecho, ética y empatía, conciencia activa, confianza a través de transparencia, información, y verificación científica. Ver *From interrogations to investigative interviewing* (University of Oslo, disponible en [www.jus.uio.no/smr/om/ia/dok/invest\\_int\\_concept\\_note.pdf](http://www.jus.uio.no/smr/om/ia/dok/invest_int_concept_note.pdf), consultado el 13 de marzo de 2018).
43. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 49.
44. *Ibid.*, párr. 55.
45. *Ibid.*, párr. 56.
46. *Ibid.*, párr. 57.
47. Un ejemplo de evidencia empírica que demuestra que las entrevistas basadas en una relación de entendimiento son superiores a las coercitivas proviene del trabajo llevado a cabo por los psicólogos Laurence y Emily Alison de la Universidad de Liverpool. Después de estudiar más de mil horas de videos de interrogatorios policiales de terroristas sospechosos de crímenes graves, los Alison construyeron el primer modelo de tácticas de interrogaciones empíricamente fundamentado y exhaustivo en el mundo, afirmando que las entrevistas basadas en una relación de entendimiento (*rapport*) son las que suscitan mayor y mejor información de parte de los sospechados de actos delictivos. El estudio estableció que “la relación de entendimiento es lo más parecido que los interrogadores podrían tener a un suero de la verdad”. Ver Ian Leslie, “The Scientists Persuading Terrorists to Spill Their Guts” (*The Guardian*, 31 de octubre de 2017, disponible en [www.theguardian.com/news/2017/oct/31/the-scientists-persuading-terrorists-to-spill-their-secrets](http://www.theguardian.com/news/2017/oct/31/the-scientists-persuading-terrorists-to-spill-their-secrets), consultado el 14 de marzo de 2018).
48. *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)* (9 de agosto de 1999).
49. *Informe provisional del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/71/298 (5 de agosto de 2016), párr. 101.
50. Ver *e. g.*, Sol Amaya, “Entrevista a Juan Méndez, relator de la ONU: ‘Aceptar que haya tortura en las cárceles nos destruye como sociedad’” (*La Nación*, 9 de julio de 2015, disponible en [www.lanacion.com.ar/1808729-entrevista-a-juan-mendez-relator-de-la-onu-aceptar-que-haya-tortura-en-las-carceles-nos-destruye-como-sociedad](http://www.lanacion.com.ar/1808729-entrevista-a-juan-mendez-relator-de-la-onu-aceptar-que-haya-tortura-en-las-carceles-nos-destruye-como-sociedad), consultado el 3 de septiembre de 2018); EFE, “En América Latina los delitos se investigan con torturas” (*El Tiempo*, 28 de junio de 2014, disponible en [www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14180535](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14180535), consultado el 3 de septiembre de 2018).
51. Claudia Martín y Diego Rodríguez-Pinzón, *La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano: Manual para Víctimas y sus Defensores* (2006, disponible en [www.omct.org/files/2006/11/3977/handbook2\\_full\\_esp.pdf](http://www.omct.org/files/2006/11/3977/handbook2_full_esp.pdf), consultado el 3 de septiembre de 2018) (refiriéndose a los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, *Cantoral Benavides vs. Perú*, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, y *Tibi vs. Ecuador*; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros).

52. Ver, *e.g.*, *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, UN Doc. A/HRC/28/68/Add.3 (29 de diciembre de 2014), párr. 32-41, (lamentando que la tortura en México “ocurre especialmente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la justicia, y con fines de castigo e investigación” y que “el alto número de denuncias y los testimonios recibidos no se reflejan en igual número de investigaciones. . . signo de una preocupante impunidad”); EFE, “En América Latina los delitos se investigan con torturas” (*El Tiempo*, 28 de junio de 2014, disponible en [www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14180535](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14180535), consultado el 3 de septiembre de 2018).
53. Los países latinoamericanos visitados fueron Uruguay, México y Brasil. Los detalles de tales visitas, con las recomendaciones de la Relatoría, se encuentran en los siguientes informes: *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Uruguay*, UN Doc. A/HRC/13/39/Add.2 (21 de diciembre de 2009); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Misión a México*, UN Doc. A/HRC/28/68/Add.3 (19 de diciembre de 2014); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil*, UN Doc. A/HRC/31/57/Add.4 (29 de enero de 2016).
54. *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, UN Doc. A/HRC/16/52 (3 de febrero de 2011); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, UN Doc. A/HRC/19/61 (18 de enero de 2012); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, UN Doc. A/HRC/22/53 (1 de febrero de 2013); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, UN Doc. A/HRC/25/60 (10 de abril de 2014).
55. *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Resumen de información, incluyendo los casos individuales transmitida a gobiernos y respuestas recibidas*, UN Doc. A/HRC/16/52/Add.1 (1 de marzo de 2011); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Observaciones de comunicaciones transmitido a gobiernos y respuestas recibidas*, UN Doc. A/HRC/19/61/Add.4 (29 de febrero de 2012); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Observaciones de comunicaciones transmitido a gobiernos y respuestas recibidas*, UN Doc. A/HRC/22/53/Add.4 (4 de marzo de 2013); *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Observaciones de comunicaciones transmitido a gobiernos y respuestas recibidas*, UN Doc. A/HRC/25/60/Add.2 (11 de marzo de 2013).
56. Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), *Tortura nunca es la solución – un protocolo para investigaciones humanas* (27 de enero de 2017, disponible en [www.apr.ch/en/news\\_on\\_prevention/torture-is-never-the-solution-a-protocol-for-humane-interrogations/](http://www.apr.ch/en/news_on_prevention/torture-is-never-the-solution-a-protocol-for-humane-interrogations/), consultado el 3 de septiembre de 2018).
57. Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), *Strengthening safeguards essential to reduce torture in the first hours of police detention* (11-12 mayo 2017, disponible en [https://apr.ch/en/news\\_on\\_prevention/strengthening-safeguards-essential-to-reduce-torture-in-the-first-hours-of-police-detention/](https://apr.ch/en/news_on_prevention/strengthening-safeguards-essential-to-reduce-torture-in-the-first-hours-of-police-detention/), consultado el 3 de septiembre de 2018).
58. Nos es grato destacar que, en estos esfuerzos, contamos con el apoyo entusiasta del Instituto de Derechos Humanos de la *International Bar Association* (IBAHR).

## capítulo



# **SOBRE LA NECESIDAD DE SUPERAR CONCEPTOS OBSOLETOS Y BARRERAS NORMATIVAS PARA EVITAR ABUSOS EN LAS PRISIONES DE LATINOAMÉRICA**

Juan Morey<sup>1</sup> & Miguel Sarre<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Juan Morey, abogado por la UBA, Argentina. Investigador y consultor en Derecho de ejecución penal y Derechos Humanos (juanmorey8@gmail.com).

<sup>2</sup>Miguel Sarre, primer ombudsperson en México. Ex integrante del *SPT* de la ONU. Profesor del ITAM e investigador sobre el Derecho de ejecución penal (miguelarre@gmail.com). Los autores agradecen la colaboración de Gerardo Manrique, Jairo Manuel Muñoz Virú y Karina Huerta.

## RESUMEN

Aquí se argumenta cómo, a partir de un análisis crítico de conceptos utilizados por décadas por los organismos internacionales de derechos humanos, tanto regionales como universales, en cierta medida, los tratados internacionales y el *soft-law* —más puntualmente el *sistema de tratamiento progresivo* adoptado en ellos— son un obstáculo para la prevención y eliminación de la tortura en prisión. Bajo esta perspectiva provocadora, los poderes judiciales son también responsables por la crisis penitenciaria en Latinoamérica, a la par de las autoridades administrativas que tradicionalmente han sido vistas como las únicas responsables. A partir de la legislación mexicana, los autores describen un modelo para enfrentar esta situación con un enfoque desde los derechos humanos. En este modelo las personas privadas de la libertad son consideradas como vulnerables y dejan de ser objeto de tratamiento o rehabilitación para pasar a ser titulares de derechos resguardados por jueces especializados.

**Palabras clave:** Sistema penitenciario y debido proceso — Derechos humanos y prisión — *Tratamiento penitenciario y sistema progresivo* — Crisis de la readaptación social.

## RESUMEN

Based on a critical analysis of the legal concepts utilised for decades by regional and universal human rights bodies regarding prisoners, this article argues that international treaties and soft law — especially the progressive treatment given to them — are in some parts actually an obstacle for the prevention and elimination of torture. Under this challenging view, the judicial branch is also responsible, along with the administrative authorities that have traditionally received the brunt of the blame for the prison catastrophe gripping Latin America. Guided by recent Mexican statute law, the authors depict a model that integrates a human rights approach for addressing the current crisis. This model entitles inmates to the protection of specialised judges, who regard prisoners as vulnerable persons with rights to be protected, rather than individuals submitted to correction or rehabilitation.

**Key words:** Corrections and due process — Human rights and prison — Prison management model — Inmates' treatment — Progressive system — Rehabilitation crisis.

# 1 INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este capítulo es la crisis existente en las prisiones de América Latina, que se traduce en violaciones masivas de derechos humanos, torturas, malos tratos, así como en violencia en general. Esta crisis puede verse agravada o atenuada por la situación social y económica, o por el funcionamiento de otras instituciones del sistema jurídico penal de un país. Aunque estos temas son de suma importancia<sup>3</sup>, por razones metodológicas no serán abordados en este capítulo, por lo que se pondrá el énfasis en la forma en que tal crisis —al margen de otras variables externas— guarda relación con el modelo de prisión concebido y organizado a partir de las ideas positivistas-correccionalistas<sup>4</sup>.

Estas concepciones dieron lugar a la adopción de normas y directrices, algunas de rango internacional, por medio de las cuales los *sistemas progresivos de tratamiento penitenciario* fueron implantados en la legislación y en la práctica regional y universal<sup>5</sup>.

En ese contexto, la ejecución penal fue conferida a los poderes ejecutivos, y sus reglas, de carácter administrativo, no pudieron satisfacer estándares básicos como los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad y debido proceso, dejando un amplio espacio a la discrecionalidad. Esta adscripción institucional, ausente de controles jurisdiccionales ordinarios sobre las acciones y omisiones de las autoridades, asumió la problemática carcelaria desde perspectivas limitadas a la *gestión penitenciaria*.

A medida que ese proceso fue consolidándose a lo largo de cerca de ocho décadas<sup>6</sup>, la cuestión carcelaria quedó casi por completo relegada del control jurisdiccional, y la problemática fue agravándose hasta alcanzar los actuales niveles que se corresponden a una auténtica crisis humanitaria.

La hipótesis que aquí se plantea es que tal situación podrá superarse, gradualmente, mediante el abandono de las concepciones correccionalistas y las herramientas típicas de los *regímenes de progresión o progresividad* fincados en modelos de *tratamiento penitenciario*. En cambio, se propone optar por una ejecución penal *secular*, esto es, que respete los principios de legalidad, igualdad y dignidad de la persona, en la cual la naturaleza y la duración del encarcelamiento sean definidas y garantizadas por autoridades judiciales sujetas a criterios objetivos.

Este proceso requiere que las autoridades judiciales se asuman como las garantes últimas de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad (PPL) y actúen como titulares de un sistema jurisdiccional de ejecución penal, de corte adversarial, bajo un debido proceso, con normas procesales propias acordes con los principios de publicidad, celeridad, inmediación y contradicción, que permitan la plena garantía del derecho de defensa.

En tal sentido, se aprecia inevitable un régimen de legalidad ordinaria en las prisiones, como el que acaba de plantearse en la hipótesis, para erradicar la tortura y los malos tratos que aquejan a los sistemas penitenciarios en la región. México posee, desde 2016, una legislación que acoge tales principios, y a ella se hará referencia en varias oportunidades a lo largo del capítulo.

Solo un sistema de ejecución penal —o, como ha venido denominándose en un sector de la doctrina, una *prisión con ley*<sup>7</sup>— permitirá garantizar los derechos humanos de las PPL y, con ello, transformar el círculo de violencia institucional en el que se encuentra atrapado el sistema penitenciario en uno virtuoso encaminado a un cambio estructural que armonice la gobernabilidad y el respeto a los derechos en reclusión.

El reconocimiento de un sistema de justicia para las PPL, viene emparejado con el debido proceso y una serie de garantías, que son el presupuesto para responsabilizar, sancionar, exigir reparación y evitar repeticiones a las autoridades en los casos de tortura, malos tratos o falta de diligencia. Este clima de legalidad parte del reconocimiento de la PPL como *sujeto de derechos* y no ya como *objeto de tratamiento*<sup>8</sup>.

Para el análisis de la hipótesis, esta contribución está estructurada en seis secciones teóricas y dos anexos con información documental sobre la región.

La primera sección es esta introducción. La segunda presenta una crítica a las respuestas de las autoridades, las instancias internacionales y la sociedad civil, en tanto se encuentran mayormente fincadas en perspectivas limitadas a la *gestión penitenciaria*. La tercera profundiza en las fuentes normativas internacionales que fueron dando forma a los modelos correccionalistas de tratamiento penitenciario y en los pronunciamientos consecuentes, en los que se destacan las intervenciones del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT), que constituyen un golpe de timón en esta temática.

La cuarta de las secciones de este desarrollo se ocupa de analizar las limitaciones de los *modelos progresivos* para respetar y garantizar los derechos humanos y, por último, en la quinta parte se describe sucintamente el modelo de legalidad ordinaria introducido en México para contrastarlo con aquellos.

Lo anterior permitirá sostener, a modo de corolario en la sexta parte que la vigencia del *sistema progresivo de tratamiento penitenciario* constituye una forma estructural de violación a los derechos humanos, además de favorecer la tortura y los malos tratos, que puede verse superada por una ejecución penal secular en el marco de una jurisdicción erigida como “*garantía de garantías*”<sup>9</sup>.

Por su parte, en el Anexo I se aporta un panorama de la situación de las prisiones en once países de la región por medio de la selección de algunos casos emblemáticos, a fin de ponderar las respuestas de los distintos sectores ante dicha crisis. Este ejercicio respalda la afirmación, efectuada en la primera sección, sobre la (limitada) perspectiva de *gestión penitenciaria*, bajo lógicas de política administrativa, con la que recurrentemente este problema es asumido por los diversos actores, omitiendo de tal forma la adopción de remedios inherentes a una situación jurídica de violación de derechos humanos y la generación de entornos institucionales favorables a la tortura y otros ultrajes.

Finalmente, en el Anexo II se analiza una audiencia temática celebrada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a fin de poner de manifiesto la mencionada perspectiva *de gestión* en el abordaje de la problemática de las prisiones en Costa Rica por parte de los distintos actores intervinientes en ella (peticionarios, Estado y la propia CIDH).

## 2 TORTURA Y VIOLENCIA EN LAS PRISIONES DE LA REGIÓN: UNA REALIDAD COTIDIANA CON RESPUESTAS DE RUTINA

Las prisiones de América Latina y del Caribe presentan situaciones concurrentes de violencia y disturbios, por un lado, y tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, por el otro. Sin embargo, mientras que las primeras son profusamente difundidas, las segundas —a pesar de su cotidianidad— no gozan de la misma cobertura mediática ni ocupan un lugar en la agenda política. En consecuencia,

la opinión pública permanece impasible ante un fenómeno que queda reducido a una realidad intangible fuera de la prisión.

Basta con ingresar a una prisión en la región —o con entrevistar a los visitantes alineados en espera de acceder a ella— para advertir directamente la situación existente de vulneración de derechos humanos (DD. HH.). Esta constatación se profundiza y agrava con el transcurso del tiempo. Las autoridades parecen actuar como si estuviesen ante catástrofes naturales y no ante espacios bajo su responsabilidad.

## 2.1 Respuestas estatales

Ante los casos de vulneración de DD.HH. de las PPL en las prisiones de la región, se identifican distintos tipos de intervenciones estatales, que pueden ser caracterizadas como:

### 2.1.1 Medidas de carácter simbólico

Poseen un alcance meramente coyuntural y se observan como una búsqueda rápida, frecuentemente errante, de soluciones<sup>10</sup>. Un ejemplo recurrente está dado por las destituciones (o meras reasignaciones) de autoridades. Como puede preverse, estas medidas operan a modo de *placebo* de impacto mediático. Adicionalmente, su limitada incidencia se ve agravada por el frecuente recurso de las autoridades de revertir la responsabilidad hacia las PPL que hayan sido las víctimas de tales abusos<sup>11</sup>.

Resulta claro que la sola remoción de las autoridades no contribuye a la solución del problema de tortura y violencia en las prisiones; asimismo, es insignificante en materia de justicia. En todo caso, tales medidas mantienen la impunidad y los problemas de fondo.

### 2.1.2 Sanciones disciplinarias y penales a agentes estatales

Se trata de las intervenciones disciplinarias o de la justicia penal ordinaria con motivo de los casos de violencia, tortura o malos tratos. Sin embargo, resulta

frecuente que las investigaciones fracasen por deficiencias de los diseños procesales o impericia de los operadores, cuando no connivencia de las autoridades.

A este panorama se agrega la criminalización de los denunciantes, las represalias informales al interior de las prisiones por medio de agresiones a la integridad física y amenazas a las PPL cuyos parientes procuran justicia. Asimismo, los testigos de las violaciones ocurridas en las prisiones difícilmente declaran ya que se les impone —coactiva o extorsivamente— su silencio<sup>12</sup>. Dentro de esta categoría de respuestas, una mención debe dedicarse al rol del Ministerio Público, que frecuentemente toma partido por la autoridad penitenciaria, inhibiendo el procesamiento de los agentes públicos. Cuando ello no es así, se observa la remoción de los fiscales competentes, sin que vuelva a cubrirse la función por largos períodos, obstaculizando las investigaciones.

Este tipo de respuestas son tan necesarias como insuficientes para atender las causas estructurales que favorecen la tortura y los malos tratos en las prisiones.

### 2.1.3 Medidas de *gestión penitenciaria*

Están caracterizadas por acciones de mayor envergadura, relacionadas con los recursos presupuestarios; por ejemplo, la proyección de obras de infraestructura en las prisiones, una mayor supervisión y control de estas. Aquí se inscriben los *nuevos modelos de gestión penitenciaria*, como los introducidos parcialmente en Costa Rica<sup>13</sup> y en la República Dominicana<sup>14</sup>.

Estas estrategias están orientadas a los poderes ejecutivos. Su agenda no abandona el *modelo progresivo* ni comprende el desarrollo de garantías orgánico-jurisdiccionales y, en especial, de la justiciabilidad de los derechos de las PPL, *sus familiares, sus defensores y las OSC*, ante los desafíos planteados por la violencia y la tortura.

### 2.1.4 Intervención de los *ombudsperson* y de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura

La mayor parte de los países de la región cuentan con *ombudspersons*, instituciones creadas generalmente en las últimas décadas del siglo pasado. En este siglo su labor se ha complementado con la de los Mecanismos Nacionales para la Prevención

de la Tortura<sup>15</sup>. Ambas instituciones tienen un mandato relacionado con impedir la tortura y los malos tratos en reclusión, no solo mediante la atención de quejas y su prevención por medio de mejoras en la infraestructura, organización y funcionamiento, sino mediante la promoción de cambios legislativos que puedan evitar la repetición de las violaciones sistemáticas que se observan<sup>16</sup>. Destaca aquí el *ombudsperson* de la Ciudad de México, que ha asumido una postura proactiva, en procura de una incidencia estructural, para prevenir la tortura y los malos tratos en reclusión por medio de la interacción entre los mecanismos de protección y la justiciabilidad de los derechos en la ejecución penal<sup>17</sup>.

### 2.1.5 Medidas judiciales ordinarias y de *habeas corpus* o amparo

Al igual que con los mecanismos no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos, en numerosos países existen órganos y procedimientos judiciales para su protección en reclusión. No obstante, en algunos casos, esta labor tiene restricciones, entre las que se cuentan su limitación a las personas sentenciadas, excluyendo a los presos sin condena; la atención de casos individuales, por encima de los colectivos; la dedicación a las libertades anticipadas en función del *régimen de progresión o modelo progresivo*, sin atender las condiciones de vida de las PPL.

Pese a la existencia de este andamiaje judicial, no se puede afirmar que existan garantías judiciales efectivas para la protección de los derechos humanos propios en la reclusión. Ello, como aquí se postula, guarda relación con *sistema correccional* adoptado.

### 2.1.6 Medidas judiciales extraordinarias

Excepcionalmente, las instituciones de justicia han superado la insuficiencia de las medidas individuales para buscar remedios estructurales. Ejemplo de ello es que en Costa Rica se ha registrado un caso en que la autoridad judicial ordenó el cierre de un centro de reclusión<sup>18</sup>.

Por último, debe mencionarse la intervención de los tribunales constitucionales ante *graves violaciones constitucionales*, como la declarada por la Corte Suprema de Argentina en el caso Verbitsky, de 2005, así como la de la Corte Colombiana, que

declaró el *estado de cosas inconstitucional* en las prisiones y en el sistema penitenciario y carcelario, respectivamente, en sus sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013. Si bien se trata de importantes precedentes, cuyo supuesto fáctico fue la grave situación de las condiciones de internamiento de miles de PPL, estos se han limitado a enfoques reducidos a la *gestión penitenciaria* y la política criminal<sup>19</sup>.

Paradójicamente, para dichos altos tribunales, la inexistencia de un debido proceso en el ámbito de la prisión que garantice la justiciabilidad ordinaria de los derechos involucrados de las personas en prisión provisional y las sentenciadas, así como la subsistencia del propio *sistema progresivo*, no han formado parte de las *graves violaciones* evidenciadas en el citado caso de Argentina, como tampoco de ese *estado de cosas inconstitucional* declarado en Colombia<sup>20</sup>.

En definitiva, tanto la exclusiva asunción del tema desde la óptica de la *gestión penitenciaria* como la insuficiente respuesta judicial refuerzan la impunidad y perpetúan las violaciones a los DD. HH. En consecuencia, no solo son ineficaces para producir el cambio estructural necesario, sino que, además, vigorizan la vigencia del *sistema de tratamiento penitenciario*.

## 2.2 Posturas desde la sociedad civil

Como se hace patente en el Anexo I, en lo que respecta a las OSC, los hechos de violencia y tortura en las prisiones de la región frecuentemente son enfrentados por medio de la denuncia principalmente política y, subsidiariamente, por acciones judiciales, exigiendo a las autoridades la realización de las investigaciones correspondientes con objetividad, seriedad e independencia, con la intervención de expertos en la materia. A su vez, reclaman que se responsabilice a las máximas autoridades que, por acción u omisión, contribuyen a la violación sistemática de los DD. HH. de las PPL.

En otro orden de acciones, suelen requerir la reubicación de las PPL y solicitar respuestas puntuales a las autoridades del Poder Ejecutivo sobre la problemática de violencia, tortura y maltrato en las prisiones. En tal sentido, puede advertirse que en tales casos las OSC también demandan soluciones dentro de la ya descrita lógica de la *gestión o administración penitenciaria*<sup>21</sup>. En consecuencia, los representantes

de la sociedad civil suelen poner en un segundo plano exigencias estructurales, tales como la garantía de acceso a la justicia, la existencia de un debido proceso específico para la ejecución penal, la existencia de una auténtica jurisdicción, y el reconocimiento de los principios procesales de publicidad e intermediación material en el interior de las prisiones, lo que permitiría la validez de los testimonios de los familiares y representantes de organismos e instituciones que ingresan a los centros, a efecto de acreditar las vulneraciones a los DD. HH., entre otras relevantes cuestiones que se retomarán en el punto 4.

## 2.3 Intervención de mecanismos internacionales

El panorama que los mecanismos internacionales de protección de los DD. HH. ofrecen en esta materia no es muy diferente. Por consiguiente, si bien se registran algunos pronunciamientos prometedores a nivel del sistema universal, como es el caso del SPT, que será retomado en las siguientes secciones, no puede decirse lo mismo del sistema regional.

De esta forma, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en múltiples ocasiones, se ha pronunciado emitiendo comunicados donde exige a los diversos Gobiernos la realización de investigaciones inmediatas, imparciales y efectivas sobre los casos de tortura y violencia en las prisiones. No obstante, ha prestado poca atención a la necesidad de la existencia de garantías jurisdiccionales ordinarias en materia de ejecución penal.

En el mismo ámbito universal, merece destacarse la acción del SPT que se ha pronunciado por la exigencia de órganos con procedimientos judiciales específicos para garantizar los DD. HH. de las PPL; esto es, por la instauración a nivel interno de un sistema de justicia de ejecución penal en los puntos 2, 3 y 4 siguientes se profundiza este tema<sup>22</sup>.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH) ha delineado, por medio de sus pronunciamientos, una relevante serie de estándares generales en la materia que reconocen los derechos fundamentales de las PPL<sup>23</sup>. Del mismo modo, ha dispuesto, en casos específicos, la indemnización integral a las víctimas de tortura en los centros de reclusión y ha ordenado el enjuiciamiento

penal y civil de los agentes responsables de actos de tortura. No obstante, como será analizado en el siguiente punto, esta instancia ha sido recurrentemente omisa o poco precisa a la hora de señalar las garantías jurisdiccionales que deben existir para la protección de tales derechos en los ámbitos internos de cada país.

De lo hasta aquí señalado se desprende que las violaciones a los DD. HH. en las prisiones de la región suelen recibir un tratamiento todavía insuficiente, dominado por una visión que pretende encontrar soluciones desde la *gestión penitenciaria*<sup>24</sup>.

## 3 POSTURA TRADICIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y AVANCES DEL SPT EN CUANTO AL DEBIDO PROCESO Y EL CONTROL JUDICIAL EN LUGARES DE DETENCIÓN

La adopción, en 1966, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que alcanzó vigencia 10 años más tarde) y, en 1969, de su equivalente para el sistema regional americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), (en vigencia desde 1978) son derivaciones de un proceso inaugurado en 1948, con la Declaración Universal, que permitió un desarrollo exponencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En lo que a derecho penal respecta, la CADH, en sus artículos 8 y 25, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en sus artículos 14 y 15, establecen garantías procesales fundamentales que, sin duda alguna, han tenido y aún siguen teniendo un lugar preponderante en la vigencia de los requisitos y las condiciones formales mínimas para el enjuiciamiento en las sociedades democráticas.

En lo que se refiere a la vida en reclusión, tales instrumentos reconocieron algunos derechos, como la exigencia de trato digno a las PPL y la separación entre menores y adultos, así como entre personas procesadas y sentenciadas. Sin embargo, como se desarrolla en seguida, no extendieron expresamente las garantías judiciales a las condiciones de internamiento, entre otros elementos que afectan los DD. HH. de las PPL.

Es necesario puntualizar dos aspectos críticos relacionados con la evolución que experimentó el pensamiento penal desde aquellos días hasta la actualidad: por un lado, tanto la CADH (artículo 5, numeral 6) como el PIDCP (artículo 9, numeral 3) contienen concepciones de la pena que en la actualidad deben considerarse superadas por el desarrollo de los DD. HH., en función del principio de progresividad de estos<sup>25</sup>. Las concepciones ideológicas de la pena que informan a tales tratados responden a la perspectiva correccional que dominaba el pensamiento jurídico penal cuando fueron elaborados, más de medio siglo atrás. Por tal motivo, debe procederse a una interpretación armónica de tales textos<sup>26</sup>.

Por otro lado, independientemente de la crítica recién esbozada, ambos instrumentos se concibieron en función del proceso penal y no de la ejecución penal; por lo tanto, omitieron garantías del debido proceso propias para las PPL, de manera que los derechos en reclusión alcanzaran un grado aceptable de operatividad mediante procedimientos llevados a cabo por autoridades judiciales especializadas distintas de aquellas que declararon la procedencia de la prisión provisional o impusieron la condena.

En lo relativo a los pronunciamientos de los órganos de aplicación de los tratados, tras casi medio siglo de jurisprudencia internacional, aún está pendiente que la CIDH *traslade* las garantías judiciales (del artículo 8, CADH) a los derechos en reclusión.

Si bien la Comisión reivindicó el debido proceso legal para la defensa de los derechos de las PPL en cuanto sujetos de un proceso penal<sup>27</sup> y previó la intervención de autoridades judiciales “*competentes, independientes e imparciales*”, ante supuestos de malos tratos y condiciones inadecuadas de reclusión e internamiento, se torna preciso señalar algunas vacilaciones conceptuales que invalidan dicho propósito.

En tal sentido, al prever la intervención judicial de oficio ante violaciones a los derechos de las PPL<sup>28</sup>, la CIDH acotó la función judicial a labores de supervisión en el marco de un control periódico, tal como si se tratara de un medio de inspección, propio de instancias no jurisdiccionales como el *ombudsman* y no de una autoridad judicial que resuelve controversias entre partes, de manera pública y contradictoria preservando los principios de inmediación, continuidad y concentración.

Una función de control como la que propugna la CIDH, al estilo de la que desempeñan los jueces de vigilancia, contraviene la división de poderes,

menoscaba el carácter independiente e imparcial de los tribunales y niega a las PPL su carácter de sujetos legitimados en igualdad procesal frente a las autoridades responsables de la administración de los centros de reclusión<sup>29</sup>.

En lo que respecta a los instrumentos de *soft law*, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, que sustituyeron a las de 1934, también se adscriben ideológicamente al correccionalismo al validar “*todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza*” para cumplir con el tratamiento (numeral 59).

Las Reglas Nelson Mandela (RNM) de 2015, que a su vez actualizaron a las Reglas Mínimas de 1955, si bien representan algunos avances significativos, no superaron su raíz correccionalista. En este aspecto establecen que: “[...] *las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos [énfasis añadido]*”<sup>30</sup>.

En igual sentido, las RNM parecen ir más allá de una mera inercia cuando equiparan la privación de la libertad con la pérdida del derecho a la autodeterminación<sup>31</sup>. Esta perspectiva está imbuida por la doctrina de la *sujeción especial*<sup>32</sup>, que entraña una restricción generalizada de derechos en función de una concepción autoritaria de *control total* sobre la vida en internamiento.

En ese tenor, nuevamente la CIDH, en su *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad*, reproduce concepciones legitimadoras del régimen de *sujeción especial*, remitiéndose a pronunciamientos de la CorIDH. En tal sentido, ha expresado que *la privación de libertad está definida por la dependencia del sujeto a las decisiones que adopte el personal del establecimiento donde éste se encuentra recluso; y que las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia*<sup>33</sup>.

Tal postura acrítica de los órganos principales del sistema regional de protección de los DD. HH. coloca a las PPL en una especie de *capitis diminutio*. Al mismo tiempo, la coincidencia terminológica con el citado numeral 3 de las RNM refuerza las concepciones ideológicas que obstruyen la reivindicación de los derechos de las PPL<sup>34</sup>.

En lo que constituye un enfoque renovador, el SPT ha reconocido la falta de protección jurídica para las personas en reclusión y la ausencia de garantías procesales específicas de las PPL (condenadas o en prisión preventiva): de manera destacada, la necesidad del control judicial. Así, ha expresado que “[e]n el ámbito penal, el debido proceso no solo debe abarcar la determinación de las penas sino también la salvaguarda y protección de las personas detenidas, enmarcando la relación entre los internos y las autoridades penitenciarias en términos de derechos y obligaciones, con medios de obtener defensa y recursos legales”<sup>35</sup>.

Para lo anterior, continúa el Subcomité, es necesaria “[l]a intervención [...] de jueces distintos a los que determinan los cargos penales, [como forma de proteger los derechos de las PPL] frente a las autoridades penitenciarias negligentes o abusivas [...] en el marco de procedimientos judiciales contradictorios. [Estos jueces de ejecución son parte] del sistema de justicia penal, su función está claramente diferenciada de la que tienen los órganos de vigilancia, y sus resoluciones deben ser plenamente aplicables frente a toda autoridad gubernamental”<sup>36</sup>.

Asimismo, ha señalado que “[...] los casos presentados durante [la ejecución penal] deben enmarcarse en una relación trilateral en la que un juez especializado ocupe el vértice superior, mientras que la administración penitenciaria y el interno se ubican en los vértices inferiores, en un plano de igualdad procesal entre ambos. De forma tal que la persona privada de su libertad pasa de ser considerado ‘objeto’ de una relación de tratamiento a ser ‘sujeto’ de relaciones jurídicas para reafirmar sus derechos”<sup>37</sup>.

En igual sentido, el SPT ha reconocido que “[l]a disponibilidad de abogados con un tipo de conocimientos especializados diferentes de los que tienen los encargados de la defensa penal es esencial para garantizar que las personas condenadas y en detención preventiva tengan acceso a la justicia en la cárcel”<sup>38</sup>.

Además, ha señalado que “[l]a desprotección jurídica en los lugares de reclusión tiene también relación con las concepciones terapéuticas o correccionalistas de la pena, que han contribuido al predominio de un modelo en el que la administración penitenciaria, el personal técnico y los cuerpos de seguridad determinan unilateralmente su régimen”<sup>39</sup>.

Esta postura es acorde con una perspectiva según la cual la prisión es, ante todo, un espacio jurídico-penal que abarca cuestiones procesales y aspectos

sustantivos propios, a modo de un subsistema del derecho penal, con el sentido instrumental de asegurar una prisión acorde al Estado de derecho.

A partir de la reseña que acaba de efectuarse sobre el desarrollo e influencia del DIDH en esta materia, se observa que la mayoría de los instrumentos y mecanismos de protección de los derechos humanos poseen un enfoque *correccionalista* que ha influido en la instauración del *sistema de tratamiento penitenciario*.

Como excepción a la corriente dominante, el SPT ofrece un abordaje acorde al principio propersona y a la progresividad de los derechos humanos, que da como resultado una interpretación de los tratados internacionales que impulsa la efectiva justiciabilidad de la ejecución penal, como medio para combatir y prevenir la tortura y los malos tratos en reclusión.

## 4 LIMITACIONES DEL SISTEMA PROGRESIVO-REHABILITADOR PARA GARANTIZAR UNA PRISIÓN CON LEY (EXENTA DE VIOLENCIA Y TORTURA SISTEMÁTICAS)

Desde 1934, con las primeras Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros se asignó a las autoridades penitenciarias la aplicación de un tratamiento a las personas presas, orientado a “acostumbrar[a]s al orden y al trabajo, así como a fortalecer su carácter moral”.

Para ello, la administración penitenciaria habría de “inducir a los internos para que se interesen en su propio mejoramiento”, de manera que su *progreso* se viera *retribuido* con la mejora en sus condiciones de internamiento, permitiéndoles “una mayor participación en las decisiones sobre su futuro durante la detención, durante el período de su posible libertad condicional y después de su posible liberación”<sup>40</sup>.

El *sistema progresivo*, legitimado desde entonces, sujetó a la persona sentenciada a *medidas de diagnóstico, pronóstico y tratamiento correctivo* en prisión, a partir de etapas sucesivas en las que se van reduciendo gradualmente las restricciones impuestas dentro de la reclusión, hasta alcanzar formas parciales y supervisadas de libertad, como período de “prueba” antes de la extinción de la sanción<sup>41</sup>. Esta asimilación de la prisión al hospital fue incorporándose, con distintos matices, a las legislaciones internas de todos los países.

Este *modelo* se vincula a una ideología correccional-terapéutica o resocializadora de la pena, que confiere a agentes gubernamentales el poder de dirigir y evaluar el desarrollo de la persona recluida. Sin embargo, esto, inexorablemente, produce al menos las siguientes afectaciones a los DD. HH.:

1. La violación de la intimidad y a la libertad de conciencia y de convicciones éticas que se produce por medio de la intromisión en el fuero interno de las PPL, consecuencia de los estudios de la personalidad aplicados<sup>42</sup>.
2. El maltrato psicológico y otros tipos de ultrajes derivados del uso de categorías criminológicas estigmatizantes que sobrepasan la situación jurídica de las PPL, en detrimento de su dignidad humana.
3. La degradación de los DD. HH. de la PPL mediante la *doctrina de la sujeción especial*, minusvalía del individuo en la que se sustenta el modelo correccional<sup>43</sup>.
4. El agravamiento de la pena al privarse a la PPL el acceso inicial a servicios en reclusión, que quedan supeditados a “evaluaciones técnicas” que validen los *méritos* del interno para acceder a ellos. Por lo tanto, se produce una negación arbitraria de derechos fundamentales en reclusión, que afecta mayormente a las personas en prisión provisional.
5. La afectación del derecho a la justicia de las víctimas del delito, que implica el principio de proporcionalidad de la pena, toda vez que la vigencia de criterios criminológicos fincados en la idea de la corrección de la persona permite modificar sustancialmente las penas, desestimando el daño causado<sup>44</sup>.

En lo que respecta al control judicial de la reclusión en el *sistema progresivo* este modelo, por sus características propias, es incompatible con la idea misma de garantía judicial de los derechos fundamentales<sup>45</sup>. En consecuencia, la intervención de los jueces se ve excluida o limitada fuertemente.

En efecto, en este modelo, aspectos tan básicos como las condiciones de internamiento o su duración son atribuidos a cuerpos técnico-profesionales que evalúan el *progreso* de la persona mediante categorías metajurídicas que, a la luz de la justicia de ejecución penal, no resisten el mínimo análisis de legalidad (por ejemplo, *el concepto* que se le adjudica a la PPL)<sup>46</sup>.

Así, bajo estos modelos, la situación material y jurídica de las PPL es decidida por autoridades administrativas, y la prisión es concebida como un

*modelo de gestión*, dirigido a administrar bienes o servicios, pero insuficiente para garantizar el respeto a los derechos fundamentales.

Entre tales modelos existen experiencias, como las europeas, que cuentan con numerosos contrapesos en términos de transparencia y controles administrativos, aunados a recursos económicos y humanos suficientes para proporcionar los servicios indispensables de la reclusión, sin que estos se vean afectados por las tareas que implica el *sistema progresivo*<sup>47</sup>. En algunos de estos modelos, como en España, existen además figuras, como el juez de vigilancia penitenciaria<sup>48</sup>.

Por su parte, los sistemas del llamado *nuevo modelo de gestión* se caracterizan por acudir a la asignación de mayores recursos materiales y humanos para procurar la superación de los problemas, con el resultado de un significativo mejoramiento de las condiciones de internamiento, como ha ocurrido, por ejemplo, en la República Dominicana<sup>49</sup>.

No obstante, tanto estos últimos como los *modelos de gestión administrativa* tradicional y los sistemas europeos se encuentran enrolados dentro del *sistema progresivo* y, si bien aceptan distintos grados de control jurisdiccional, las relaciones entre los internos y la administración no están regidas por el debido proceso y por tanto subsiste (en mayor o menor medida, según el caso) la vulneración de DD. HH.

## 5 INSTRUMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS POSTULADOS DEL SPT POR LA LEGISLACIÓN DE EJECUCIÓN PENAL EN MÉXICO

Con la aprobación de la Ley Nacional de Ejecución Penal en México (LNEP) se persigue revertir la situación generalizada de ilegalidad y violaciones a los DD. HH. que, como se refleja en el Anexo I de esta colaboración, sufre el sistema penitenciario de este país<sup>50</sup>.

A diferencia de otras respuestas a situaciones igualmente críticas en las prisiones de diversos países de la región, el modelo mexicano se basa en los postulados del

SPT representativos de una concepción de la prisión *desde* los derechos humanos (*human rights approach*).

La legislación apuntada asume al derecho de ejecución penal, como el derecho relativo a la reclusión misma, comprensivo de la regulación de la vida en el interior de las prisiones y de aspectos relacionados a ella, como el acceso y permanencia de los visitantes o el régimen disciplinario, por mencionar algunos.

La legislación mexicana se ha apartado así del modelo rehabilitador para, en su lugar, regular la prisión como un subsistema dentro del sistema de justicia penal, colocando a las autoridades administrativas bajo el control de la autoridad judicial, con lo que se deja atrás el *modelo de gestión* para ingresar a un modelo de justicia en el que, parafraseando la clásica definición de Ulpiano, se trata de “dar a cada interno/a lo suyo”.

En la medida en que se adoptó un concepto *secular* de la pena de prisión, despojándola de finalidades morales o metalegales, como las de reeducar, rehabilitar, resocializar o conceptos semejantes, se hizo evidente que la distinción entre prisión cautelar y retributiva reside en su título y no en su contenido.

Las normas de la LNEP alcanzan tanto la situación de las personas condenadas como la de quienes se encuentran en prisión preventiva, además de dotar de legitimación propia a los defensores, los visitantes y las organizaciones de la sociedad civil.

La razón que se tuvo para incluir a la prisión preventiva dentro de la ejecución penal bajo el modelo adoptado es que, una vez abandonada la concepción del *tratamiento* como respuesta a la responsabilidad penal, se desvanecen las diferencias entre el régimen al que quedan sujetas las personas en prisión provisional y el aplicable en cumplimiento de una pena. Consecuentemente, se estimó que no existe motivo alguno para sustraer a las personas en prisión sin condena del acceso a la jurisdicción ordinaria en materia de ejecución penal (por ejemplo, las prestaciones de salud, alimentos y agua potable).

Para instrumentar este profundo cambio, la LNEP regula la intervención de los distintos sujetos procesales que participan de la vida en prisión, considerando a esta como parte de “lo público” (*the public sphere*).

Igualmente, la legislación mexicana establece procesos contenciosos y no contenciosos para resolver las controversias que se presentan en la vida cotidiana

de los centros penitenciarios, colocando a la administración penitenciaria y las PPL en un plano de igualdad procesal, de conformidad con las reglas del sistema de enjuiciamiento adversarial.

De esta forma, a la par del debido proceso en la etapa sustantiva, esta normatividad regula un debido proceso específico para el cumplimiento de resoluciones judiciales (inclusive las que imponen la prisión provisional), que posee fundamentos legales propios y versa sobre *litis* o debates inherentes a él incorporando actores procesales ajenos al juicio penal, como los visitantes y los observadores de la sociedad civil.

De acuerdo con lo anterior, se tornó así necesario *trasladar* las garantías del debido proceso a la ejecución penal, puesto que de nada habría valido concebir un sistema de DD. HH. en prisión si tales derechos no poseyeran la suficiente garantía (*where there is a right, there is a remedy*)<sup>51</sup>.

En tanto las PPL son titulares de derechos, sustantivos y procesales, se instrumentó un sistema adversarial, dotado de todas las garantías del debido proceso, similar al instaurado en el juicio penal, con *igualdad de armas* frente a las autoridades responsables de las prisiones, en el cual la competencia para resolver las controversias que se presenten en la ejecución corresponde a tribunales especializados que poseen el imperio propio del poder jurisdiccional<sup>52</sup>.

Se trató también de establecer procedimientos judiciales que garanticen el cumplimiento pleno de las resoluciones privativas de la libertad y que, a su vez, coloquen a las autoridades responsables en su justo lugar, de forma tal que dejen de ser “juez y parte”. Con ello se fortalece el acceso a la justicia en un entorno de división de poderes, y la gestión administrativa queda bajo el control último de la autoridad judicial.

Los principios de inmediación y de publicidad, enfatizados en los sistemas adversariales-acusatorios, fueron trasvasados al contexto de la ejecución penal en tanto que constituyen un presupuesto para la efectividad de las garantías procesales, considerando que la prisión debe ser entendida como parte de *lo público* y no como un espacio bajo el dominio autónomo de autoridades administrativas.

De esta forma, mientras que en el juicio penal<sup>53</sup> la inmediación constituye una garantía procesal probatoria mediante la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el debate judicial, en esta regulación de la ejecución penal, además

de dicha intermediación procesal, se considera que existe una intermediación material como garantía orgánica que crea las condiciones necesarias para la producción de la prueba, a partir de regular la interacción de todos los sujetos intervinientes en la prisión, incluyendo a agentes externos como el *ombudsperson* y miembros de la sociedad civil.

Lo anterior condujo a la regulación de observadores externos, sin quienes la oportunidad probatoria sería insuficiente y los derechos de las PPL difícilmente podrían hacerse valer; de ahí que los jueces, en su calidad de garantes del debido proceso de ejecución, están obligados a asegurar el acceso de los observadores a los recintos carcelarios. En este sentido, sin duda la opacidad es un elemento que favorece los abusos y la inseguridad material dentro de los centros.

Otra de las características de la LNEP es que prevé efectos de alcance general a ciertas decisiones de los jueces de ejecución penal, a fin de evitar, por ejemplo, la multiplicidad de acciones judiciales de las PPL para demandar prestaciones a las que tengan derecho todas las que se encuentren en las mismas condiciones.

En suma, puesto que la prisión es una creación del Estado y la ejecución penal un subsistema del derecho penal, se *funcionalizaron* las garantías propias del debido proceso para regular la relación de los sujetos intervinientes en la privación de la libertad, desde su inicio hasta la conclusión de la prisión provisional y, en su caso, la extinción de la responsabilidad criminal<sup>54</sup>.

## 6 COROLARIO

La justiciabilidad de los derechos humanos en las prisiones constituye un remedio para la tortura y los malos tratos en los sistemas penitenciarios en la región puesto que, al estructurar legalmente el funcionamiento global del sistema penitenciario, generará un efecto preventivo de tales violaciones. Para alcanzarlo es indispensable establecer el control judicial efectivo sobre la vida en reclusión, que opere sobre la base de un debido proceso distinto al propio de la instancia declarativa del juicio penal.

La subsistencia del sistema de *tratamiento progresivo* en el ámbito penitenciario inhibe el control judicial de aspectos determinantes para las PPL, como el acceso a los servicios, la ubicación de los internos o la duración de la pena, puesto que los reviste de carácter técnico y los coloca bajo la decisión de personal administrativo.

Adicionalmente, la perspectiva positivista del modelo impugnado implica una ejecución penal incompatible con los sistemas democráticos, basados en el principio del derecho penal de acto.

Como quedó expuesto, aun en aquellos países en los que existe la figura del juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria, su actuación —en el contexto del *sistema correccional*—, centrada en acceder a los servicios según la *progresión de grado* con miras a la concesión de los denominados beneficios de preliberación y, en algunos casos, al control de los traslados, queda fuertemente condicionada por los dictámenes de los equipos técnicos a cargo del *tratamiento penitenciario*, respecto de los cuales las PPL no cuentan con posibilidad alguna de controvertir, a la vez que son tratadas como objeto de prueba y se les vulnera el derecho de defensa. Esto ha llevado a la doctrina especializada a caracterizar este tipo de *control judicial* como un *simulacro de jurisdicción*<sup>55</sup>.

Por otro lado, si bien los establecimientos penitenciarios de los países desarrollados no sufren la detracción de recursos públicos para la atención de otras apremiantes necesidades sociales, como sí ocurre en América Latina y el Caribe, la prevalencia del *sistema progresivo*, aun en esos contextos de alto desarrollo humano, afecta derechos fundamentales, de internos o de terceros, al menos en los cinco aspectos identificados anteriormente (ver punto 3, *supra*).

En los países con escaso desarrollo económico, como sucede en la región, la vigencia del *modelo de tratamiento penitenciario* constituye una forma estructural de violación a los DD. HH., además de favorecer la tortura y los malos tratos. Ello se ve agravado por la falta de recursos suficientes y la ausencia de otros controles judiciales efectivos sobre las prisiones.

En ese contexto, no obstante el mejoramiento de la situación de las PPL que implica la existencia de *modelos de gestión avanzada*, estos poseen precariedad en tanto dependen de la *voluntad política* de los Gobiernos en turno, así como carecen de garantías de no regresividad, dada la falta de justiciabilidad de tales derechos. Al margen de ello, al mantener al *sistema progresivo* producen graves vulneraciones al derecho de libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

## ANEXOS

**Anexo I:** Atisbos de realidad en las prisiones de Latinoamérica. Disponible en <http://bit.ly/AtisbosLTA>.

**Anexo II:** Análisis de audiencia ante la CIDH: ¿problemas de gestión o de justicia en las prisiones de Costa Rica? Disponible en <http://bit.ly/AudienciaCR>.

Por razones de espacio de la obra impresa, ambos anexos únicamente se encuentran disponibles en forma digital.

## NOTAS AL PIE

3. Por una parte, los altos niveles de violencia institucional y corrupción que aquejan a los países de América Latina, así como la fuerza inercial de las atrocidades cometidas por los regímenes dictatoriales en un pasado no tan lejano, sumado a otros fenómenos, como la expansión penal, el uso excesivo de la prisión preventiva, los altos índices de pobreza, la exclusión social y la desmovilización de grupos armados, también explican dicha crisis. Por otra parte, la ineficiencia de las fiscalías y de los aparatos de justicia y la impunidad que ello genera pueden provocar que la población de las prisiones no sea aún mayor a la actual.

4. Luigi Ferrajoli explica las raíces de la extendida inspiración correccional como consecuencia de: [La convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional [italiano] y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, artífice de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante. *Cf.* Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trotta, Madrid, 1995), p. 720.

5. Los “fundamentos teóricos” de estas formas de intervención, como lo destaca Iñaki Rivera Beiras, demuestran con elocuencia su adscripción al positivismo etiológico en tanto reconocen que el tratamiento penitenciario consiste en una acción individual de tipo médico-biológico, psiquiátrico, psicológico, pedagógico o social, que tiene el fin de evitar la reincidencia del sujeto y conseguir su readaptación social. *Cf.* Iñaki Rivera Beiras, “Descarcelación. Puntos de partida para el desarrollo de un programa” (*Revista de Historia de las Prisiones*, N° 3, julio-diciembre 2016, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto —INIHEP—, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina), pp. 67-103.

6. El hito histórico que marca el inicio de este proceso está dado por la adopción, en la Liga de las Naciones, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros, de 1934.

7. *Cf.* Alberto Bovino, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en la Conferencia Inaugural sobre Control Judicial de la Privación de Libertad en América Latina y Derechos Humanos, del Seminario sobre Judicialización de la Ejecución de la Pena, organizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José, el 25 de febrero de 1999 (*Revista Jurídica* N° 17, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, 2014), p. 14.

8. Como se fundamenta a lo largo de este artículo, esta forma de concebir a las PPL como objeto de tratamiento ha propiciado un sistema de violencia y crueldad cuya ideología resocializadora (de neto corte clínico-terapéutico) cosifica al ser humano, negándole así sus derechos, tolerando y, en cierta forma, incentivando la tortura y los malos tratos.

9. Expresión acuñada por Luigi Ferrajoli.

10. Véase la forma en la que la Gendarmería de Chile se jacta de responder ante disturbios dentro de las prisiones, sin considerar el problema subyacente de su falta de gobernabilidad: <https://www.youtube.com/watch?v=fS5t7WJDgeQ>.

11. Como puede apreciarse en el Anexo I de este artículo, en estos casos median argumentos inaceptables en un Estado de derecho, como justificar las violaciones como respuesta a la violencia iniciada por los internos. El supuesto se agrava cuando los funcionarios victimizan a los agentes penitenciarios o los justifican mediante el recurso *el uso necesario de la fuerza*.

12. Como también se verá más adelante, este factor obstruye la pretensión de justicia dado que las investigaciones de vulneraciones en el interior de las prisiones presentan mayoritariamente un panorama de ausencia de medios probatorios.

13. En Costa Rica, en el marco de la instauración de nuevos tipos de *gestión penitenciaria*, a pesar de los intentos por abandonar el *modelo correccional progresivo*, los conceptos y procedimientos persisten fincados en abordajes de índole clínico, propios de los cánones terapéuticos. Ello se desprende de la finalidad correctiva de la pena y de las funciones *técnico-profesionales* del *Consejo Interdisciplinario*, así como del “plan de atención técnica” de la persona sentenciada, que asemejan a la PPL a un paciente médico. Se registra asimismo la inercia legislativa correccionalista de dejar en un *limbo* a las personas en prisión provisional (cuyo “tratamiento” se vería impedido por la presunción de inocencia). Es incontestable que, aun en el plano conceptual, se continúa bajo la noción de un *derecho penal de autor*, en el que se asume que la privación de la libertad obedece a razones que van más allá de lo jurídico. *Cfr. Política Penitenciaria Científica y Humanística* (Ministerio de Justicia. Presidencia de la República, Costa Rica, 2017, disponible en <https://bit.ly/2RH0GKz>, consultado el 10 de octubre de 2018) y *Proyecto de Ley de Ejecución de la Pena de Costa Rica* (disponible en <https://www.elmundo.cr/wp-content/uploads/2017/06/Proyecto-18867.pdf>).

14. Véase la nota al pie respecto de la República Dominicana en el apartado 3.

15. Previstos en el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

16. Se hace evidente, a este respecto, la necesidad de un estudio sobre la eficacia de los procedimientos rutinarios, a la manera de un *check list*, a los que suelen recurrir estas instituciones, en contraste con estrategias para prevenir la tortura y malos tratos que impliquen la activación de los sujetos legitimados para exigir ante los órganos judiciales su sanción y reparación (incluyendo garantías de no repetición). Un aspecto de indudable interés por considerar es la comparación de la naturaleza y frecuencia de las quejas por tortura y malos tratos con el paso del tiempo.

17. Véase Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Propuesta General 01/2018: La Ejecución Penal desde los Derechos Humanos* (Ciudad de México, 2018). [Nota de los autores: a la fecha de cierre de dicho documento, el cambio de nombre del *ombudsperson* de la capital mexicana, para adecuarlo a la nueva denominación (“Ciudad de México”), se encontraba en proceso de aprobación legislativa].

18. Véase Anexo I, punto 5, relativo a Costa Rica.

19. El tribunal constitucional de Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, registró —en 2004— un fallo promisorio que reconoció el control judicial sobre la imposición de una sanción de aislamiento por incumplimiento del régimen disciplinario durante la ejecución penal. Véase CSJN, caso “Romero Cacharane”, en *Fallos* 327:388. En dicho pronunciamiento se sostuvo que “[l]a Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, no puede permanecer indiferente a situaciones que por su gravedad pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan del Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata”, convalidando lo que la doctrina previamente caracterizó como *principio de judicialización* de la ejecución penal. *Cfr.* Rubén A. Alderete Lobo, *Acusatorio y Ejecución Penal* (Buenos Aires, Marzo, 2018), pp. 131-135. Sin embargo, el antecedente citado no ha sido reiterado en los pronunciamientos del tribunal.

20. Se hace igualmente evidente, la necesidad de un estudio amplio que comprenda el análisis de las respuestas de las autoridades judiciales ordinarias, como de los tribunales constitucionales, en toda la región para arrojar luz sobre por qué un problema jurídico no se intenta solucionar con enfoques sustantivos inherentes, capaces de movilizar un cambio estructural sustentable y, en cambio se recurre, a articulaciones fincadas en la lógica de modelos de *gestión penitenciaria*, prescindiendo de la justiciabilidad de los derechos de las PPL en lo cotidiano, lo que podría hacer innecesarias estas órdenes judiciales complejas y de difícil cumplimiento.

21. Véase a este respecto el punto 8 del Anexo I del presente artículo, relativo a México, en referencia a las respuestas de las OSC en un caso de violencia en la prisión de Cadereyta, N. L., en el cual, si bien se registra la exigencia de justicia a los responsables del abuso de la fuerza, las demandas están principalmente orientadas al titular del poder ejecutivo local, sin comprender la justiciabilidad de los derechos de las PPL.

22. Para más información, véase: Naciones Unidas, *Comité contra la Tortura. 48º período de sesiones. Quinto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes* (Ginebra, 19 de marzo de 2012). CAT/C/48/3. El SPT, uno de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, ha asumido posturas protectoras de los derechos de las PPL que constituyen una aportación significativa en el conjunto de la labor de la Oficina del Alto Comisionado.

23. Véase, CORIDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia N° 9: Personas Privadas de la Libertad* (versión actualizada en 2017). En dicha publicación los estándares se encuentran sistematizados de acuerdo a las siguientes categorías: obligaciones del Estado respecto de las PPL; condiciones en lugares de detención; trato a las PPL y medidas de seguridad; penas corporales: penas prohibidas; personas pertenecientes a grupos en situación de vulneración de sus derechos; integridad de los visitantes; *habeas corpus* y reparaciones. Adviértase la ausencia de referencias al debido proceso de ejecución.

24. Véase Anexo II: Análisis de audiencia ante la CIDH: ¿problemas de gestión o de justicia en las prisiones de Costa Rica?

25. En esos instrumentos se afirma que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados” [énfasis agregado] o que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” [énfasis agregado], conceptos que no son compatibles con el desarrollo que en el sistema interamericano ha tenido el derecho al proyecto de vida, como expresión inherente de la dignidad humana. Véanse en este último aspecto las sentencias de la CORIDH: Reparaciones y Costas, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, del 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42; Reparaciones y Costas, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, del 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77; entre otras.

26. En tal sentido, la postura sostenida en este capítulo coincide con la de Gabriela Gusi, salvo por su adscripción a la idea de *reducción de daños*. Retomando a Zaffaroni, la autora expresa que la interpretación de los textos de los tratados mencionados “en cuanto a ‘reforma’ y la ‘readaptación’ en clave constitucional [...] solo es posible como trato humano, lo menos deteriorante y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, lo que constituye un programa penitenciariamente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías ‘re’, que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos (por presuponer una inferioridad en el preso)”. Cfr. Gabriela Gusi, “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Ejecución Penal, a propósito de los principios de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos humanos” (*Revista Pensamiento Penal*, 27/06/2017, disponible en <https://bit.ly/2NA-Q7p9> [énfasis añadido]). En la misma línea, Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Derecho Penal: Parte General* (2.ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2003), pp. 936/37.

27. CIDH, Principio V de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (Costa Rica, marzo 2008).

28. *Ibid.*, Principio VI.

29. En la misma línea crítica, Luigi Ferrajoli —citando a su vez a Carrara—, al referirse a la función de los magistrados de vigilancia penitenciaria italianos, ha expresado que “[d]e la jurisdicción falta, en realidad,

a mi parecer, el trazo constitutivo: el *ius-dicere*, esto es la afirmación, la comprobación y la cualificación jurídica de un hecho —ya sea de un acto ilícito o un acto inválido o no— a través del principio público de contradicción, como necesario arbitrario y antiliberal que contradice el principio fundante del garantismo penal según el cual no se puede ser punido por aquello que se es, sino solo por aquello que se ha hecho, y que fue justamente estigmatizado por Francesco Carrara como un ‘recóndito o presupuesto de todo pronunciamiento judicial’. El poder conferido a los órganos de la ejecución penal es, por el contrario, un poder altamente potestativo, anclado no a la pública comprobación de hechos claramente predeterminados por las leyes y por los requisitos relativos a la taxatividad, materialidad, ofensividad y culpabilidad, sino a las valoraciones de la personalidad del detenido: un poder, entonces, sustancialmente misterioso poder que funciona en la sombra”. Cfr. Luigi Ferrajoli, “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional” (*Revista Crítica Penal y Poder*, N° 11, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, septiembre 2016), pp.1-10.

30. Cfr. RNM 4.2. Obsérvese que si bien en la primera parte de esta subregla el verbo “ofrecer” denota que los servicios respectivos serían voluntarios, en su fragmento final tales servicios se vinculan con las necesidades de tratamiento individual, menoscabando el carácter voluntario, legitimando y hasta obligando a la autoridad a dar tratamiento a las personas sentenciadas a penas privativas de la libertad.

31. Cfr. RNM 3.

32. Concepto de origen europeo que supone la restricción generalizada de derechos de la PPL en función del *control total* de la autoridad sobre la vida en internamiento. Para profundizar en su caracterización puede consultarse: Juan Luis de Diego Arias, *El derecho a la intimidad de las personas reclusas* (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, España, 2015), pp. 121- 146.

33. Véase CorIDH, caso Bulacio vs. Argentina, Costa Rica, 18 de septiembre de 2003. Asimismo, CIDH, *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas* (31 de diciembre de 2011), párr. 49.

34. La ejecución penal, bajo un sistema de derechos humanos, únicamente puede tolerar una restricción razonable de la autodeterminación, mas nunca su eliminación. En efecto, el *control total* en los espacios carcelarios es contrario a la dignidad de la persona.

35. Naciones Unidas, *Comité contra la Tortura, 50º período de sesiones, Sexto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes*. CAT/C/50/2 (Ginebra, 23 de abril de 2013), párr. 75.

36. *Ibid.*, párr. 76.

37. *Ibid.*, párr. 78.

38. *Ibíd.*, párr. 79.
39. *Ibíd.*, párr. 73.
40. League of Nations, Penal and Penitentiary Questions, *Anex: Standard Minimal Rules for the Treatment of Prisoners 2 [3]* (Ginebra, 1934). (Traducción no oficial. La versión íntegra del documento original en inglés puede consultarse en: <http://bit.ly/1GprDp5>).
41. Los antecedentes de esta ideología son explicados en Sergio García Ramírez, *La Prisión* (Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1975), p. 57 y siguientes.
42. Este asalto sobre la conciencia del individuo para obtener información personalísima, más allá de lo que pueda comprometer el mantenimiento del orden y la seguridad en los centros penitenciarios, constituye en sí mismo una forma de maltrato, como lo reconoce el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos* (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, disponible en internet, en el link <https://bit.ly/2QK1QE5>).
43. Sobre el concepto de *sujeción especial* véase Juan Luis de Diego Arias, *op. cit.*
44. Véase el caso Worboy, de Reino Unido, ilustrativo de la forma en la que los criterios *resocializadores* que derivaron en la reducción sustancial de la pena (impuesta a un conductor de taxi por violaciones sexuales múltiples) afectaron el derecho a la justicia de las víctimas. Ello además pone en evidencia que, si bien en los países desarrollados, el *sistema progresivo* no detrae los recursos que demanda —como ocurre en América Latina—, sí puede repercutir en la afectación de derechos de terceros. Una referencia periodística del caso mencionado puede ser consultada en internet a través del enlace <http://www.bbc.com/mundo/noticias-42579384>.
45. *Cfr.* Luigi Ferrajoli, “La cárcel: una contradicción institucional” (*Revista Crítica Penal y Poder*, N° 11, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, España, septiembre 2016), pp. 1-10.
46. Esta categoría es violatoria de dos principios fundamentales de un derecho penal democrático y respetuoso de los derechos humanos como el de materialidad y el de lesividad de las conductas en reclusión. Su empleo en Argentina fue objeto de señalamientos críticos por parte del SPT. Para más información, véase: Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, *Informe de la visita a Argentina del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes* (Ginebra, 23 de noviembre de 2013). CAT/OP/ARG/1, numerales 42, 43 y 46.
47. Véase, a modo de ejemplo, las Metas, Valores y Principios de la Agencia de Sanciones Penales de Finlandia, responsable de la ejecución de las penas en ese país, que funciona bajo la órbita del Ministerio de Justicia y que instrumenta la política criminal definida por esa autoridad ejecutiva, disponible en internet a través del enlace <http://www.rikosseuraamus.fi/en/index/criminalsanctionsagency/goalsvaluesandprinciples.html>, consultado el 26 de junio de 2018.
48. Otro tanto sucede en países de Latinoamérica, como Brasil o Argentina, en los cuales si bien existe la figura del juez de ejecución, esta no cumple con los estándares básicos de una verdadera jurisdicción, ya que su función se confunde con la fiscalización propia de autoridades otros agentes estatales, como los *ombudsperson*; no existe un verdadero proceso que regule cabalmente su actuación, ni se les otorga a los actores intervinientes la calidad de partes en pie de igualdad, en el marco de la adversarialidad y regidos por los principios de concentración, inmediación, publicidad. En tal sentido, resulta elocuente la opinión de la doctrina en el país austral, según la cual “[el] control judicial [de las prisiones] debe ser seri[o], real y efectiv[o], cuestión que aún no se ha logrado, revistiendo el fuero de ejecución penal un modesto papel de ficción legitimadora”. *Cfr.* Raúl Salinas, *Servicio Penitenciario Federal y modelo militarizado. Algunas ideas para una democratización institucional* (INECIP, 30 de agosto de 2016, disponible en <https://bit.ly/2A343VL>).
49. Véanse, respecto a República Dominicana, los siguientes enlaces: <https://bit.ly/2A2JGYG> y <https://bit.ly/2RGmkib>.
50. Ley publicada el 16 de junio de 2016, de vigencia parcial desde entonces y completa a partir del 30 de noviembre de 2018. Visible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>.
51. *Cfr.*, Miguel Sarre y Gerardo Manrique. *Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México* (Tirant lo Blanch, México, abril de 2018). En esta obra los autores desarrollan el estudio de los órganos y de los procedimientos judiciales para la justiciabilidad de los derechos de las PPL.
52. Ello implica procesos y procedimientos orales; intermediación del juez con las partes; disminución de formalismos y, en consecuencia, procesos jurisdiccionales más ágiles; respeto a los principios de probidad, lealtad y buena fe procesal; y derecho de acceso a la justicia pronta y expedita: todos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en materia de debido proceso.
53. En la instancia declarativa el juez del proceso penal declara procedente la prisión provisional o retributiva, e instruye al sistema penitenciario para que ejecute materialmente la orden bajo el control del juez de ejecución penal, quien decide si en el desarrollo de esa función auxiliar la autoridad administrativa incurre en exceso o en defecto.
54. Un resumen didáctico, con fines de divulgación general, de algunos de los cambios más novedosos de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México puede ser consultado en: Miguel Sarre, Gerardo Manrique y Juan Morey, *ABC del nuevo sistema de justicia de ejecución penal en México* (Instituto Nacional de Ciencias Penales —INACIPE—, noviembre de 2018, <http://www.inacipe.gob.mx/documentos/ABCEjecucionpenal.pdf>).
55. *Cfr.* Iñaki Rivera Beiras, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

capítulo



**PREVENCIÓN DE LA TORTURA  
EN LA AMÉRICA LATINA BAJO  
LA LEGISLACIÓN SOBRE MNP**

**Rafael** Barreto Souza<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Abogado y coordinador adjunto del Eje 1 del Programa Justicia Presente, una colaboración entre el Consejo Nacional de Justicia (CNPJ) de Brasil con el PNUD. Profesor de Derecho de la Universidad IESB en Brasilia. Ha sido perito y coordinador del Mecanismo Nacional de Prevención y Combate de la Tortura de Brasil y consultor del IBAHRI en Brasil. Magíster en Estudios de Desarrollo por el IHEID, en Ginebra. Magíster también en Derecho por la Universidad Federal de Ceará. Email: rbarretosouza1@gmail.com

## RESUMEN

Existen Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura (MNP) en 13 países de América Latina, creados a partir de tratados internacionales. El artículo busca analizar cuál es el contenido preventivo de las competencias legales de los MNP latinoamericanos, particularmente enunciando el carácter de innovación que se ha producido en región frente las normas internacionales y dentro del marco de los estudios de prevención. Inicialmente, se examina la prevención de la tortura como un concepto teórico. En seguida, se analizan las leyes que crean los MNP ante una categorización acorde al marco triple de la prevención —universal, selectiva e indicada—, así como facultades clasificadas como intervenciones multidimensionales a este trípode preventivo. Se pretende así ofrecer insumos teóricos y empíricos que colaboren para el trabajo de estos órganos, permitiéndoles conocer los modelos de la región, reflexionar críticamente sobre el marco legal, proporcionar análisis comparados y perfeccionar la labor preventiva contra la tortura en la región.

**Palabras clave:** Prevención de la tortura — Mecanismo Nacional Preventivo — América Latina

## ABSTRACT

Thirteen countries in Latin America have created National Preventive Mechanisms against Torture (NPMS) based on international treaties. This article analyses the preventive content stipulated in the legal mandates of such NPMS. In particular, it highlights the innovative approach taken in the region, considering international standards and the framework of prevention studies. The article first examines torture prevention as a theoretical concept. It then analyses the laws that create such NPMS considering the three categories recognised in prevention studies – universal, selective and indicated. The possibility of multidimensional interventions, which fall under more than one of those categories, is also considered. The aim of this article is to offer theoretical and empirical inputs that contribute to the work of NPMS, providing them with knowledge of the region's models, critically reflecting on their legal framework, providing comparative analysis and improving preventive work against torture in the region.

**Key words:** Prevention of Torture — National Preventive Mechanism — Latin America

# 1 INTRODUCCIÓN

El concepto de “prevención de la tortura” está presente en dos tratados internacionales, 67 Mecanismos Nacionales Preventivos (MNP) e innumerables informes y documentos. En América Latina, se han establecido MNP en 13 países, particularmente a partir de 2011. Todavía se les estudia poco bajo la perspectiva preventiva de la ciencia de la prevención, lo que resulta en una frágil percepción sobre el potencial para prevenir en niveles diversificados, más profundos y que ultrapasen la dinámica de visitas regulares a lugares de privación de libertad.

Este artículo posee el objetivo de analizar cuál es el contenido preventivo de las competencias previstas en la labor de los MNP de América Latina, particularmente enunciando el carácter de innovación que se ha producido en región y dentro del marco de los estudios sobre prevención. Además, se pretende ofrecer insumos teóricos y empíricos que colaboren para el trabajo de estos órganos, brindándoles insumos para conocer los modelos de la región, reflexionar críticamente sobre el marco legal, proporcionar análisis comparados y perfeccionar la labor preventiva.

Comprender mejor las posibilidades preventivas presentes en la estructura de los MNP latinoamericanos es importante para ofrecer herramientas teóricas y prácticas para una labor que ultrapase el diagnóstico de problemas y malas condiciones de detención, moviéndose hacia una labor preventiva que identifique las raíces de los problemas de la privación de libertad. Para alcanzar tal objetivo, se realiza un examen de las competencias preventivas de los 13 MNP establecidos en América Latina, tomando en cuenta las leyes nacionales y el *corpus juris* internacional en materia de tortura y malos tratos<sup>2</sup>, considerando el marco teórico de evaluación de intervenciones de prevención.

El artículo empieza con una introducción sobre la prevención de la tortura como concepto teórico, y en seguida se examinan los Mecanismos Nacionales Preventivos (MNP) y su relación con la literatura actual de la ciencia de la prevención. En tercer lugar, se examinan las leyes que establecen los MNP en la región, presentando el método de investigación utilizado. Por fin, se discuten las diversas competencias legales de los MNP dentro del marco triple de la prevención —universal, selectiva e indicada—, así como facultades clasificadas como intervenciones multidimensionales a este trípode preventivo.

## 2 PREVENCIÓN DE LA TORTURA

La prevención de la tortura surge conectada a los textos legales internacionales. Inicialmente, los tratados la mencionan de manera genérica, como “medidas efectivas para impedir que se practiquen [torturas] dentro de su jurisdicción” (Declaración de Naciones Unidas de 1975<sup>3</sup>), o como “medidas efectivas para prevenir y castigar la tortura dentro de su jurisdicción” (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)<sup>4</sup>.

La Convención contra la Tortura de 1984 de la ONU, por otro lado, va más allá y establece la obligación de que los Estados adopten “medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura”<sup>5</sup>. No obstante, estas disposiciones no describen muy claramente lo que se debe hacer o cuál sería el contenido jurídico preciso de la obligación preventiva<sup>6</sup>.

Solamente en 1987 surge una obligación creada explícitamente para la prevención de la tortura: el monitoreo periódico de lugares de privación de libertad por órganos independientes, preconizada primeramente por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura<sup>7</sup>, seguido por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT)<sup>8</sup> de Naciones Unidas.

Así, el *corpus juris* internacional en materia de tortura prescribe varias obligaciones que se pueden categorizar en seis ejes principales: (i) prevención general por medidas inespecíficas; (ii) capacitación del personal de la policía, seguridad y custodia; (iii) revisión sistemática de normas y prácticas; (iv) marco legal y responsabilización por tortura, considerando la reglas de exclusión de confesiones, jurisdicción extraterritorial, el deber de investigar y la presentación de quejas; (v) reparación a víctimas; y (vi) sistema de visitas de lugares de privación de libertad.

Tabla 1. Codificación del *corpus juris* internacional

	Declaración 1975	CAT 1984	CIPST 1985	OPCAT 2002
Prevención general	Art. 4	Art. 2.1	Art. 6	--
Capacitación	Art. 5	Art. 10	Art. 7	--

	Declaración 1975	CAT 1984	CIPST 1985	OPCAT 2002
Revisión normativa	Art. 6	Art. 11	--	Art. 19
Criminalización y enjuiciamiento	Art. 7, 8, 9, 10 y 12	Art. 4, 5, 12, 13 y 15	Art. 6, 8 y 10	Art. 21
Reparación	Art. 11	Art. 14	Art. 9	--
Sistema de visitas	--	--	--	Art. 19 y 20

Cierto, se puede considerar que todas estas medidas tienen un carácter preventivo en alguna medida, sea indirectamente por disuasión o por un cambio progresivo de mentalidad en la práctica de la detención. Sin embargo, no hay actualmente una conceptualización clara sobre la prevención de la tortura.

El ex relator especial de Naciones Unidas para la tortura, Nigel Rodley, por ejemplo, ha argumentado que la palabra “prevención” ha cumplido la función de hacer aceptable a los Estados lo que de otro modo hubiera sido menos gustoso para asunción de compromisos internacionales. Sin embargo, no le queda claro por qué una técnica particular, como la de visitar lugares de detención, podría cumplir el rol impeditivo<sup>9</sup>: “La prevención es la protección con otro nombre. Es remedial, en lugar de profiláctico”<sup>10</sup>.

Las teorías sobre las causas de la tortura se centran en los aspectos legales, de estructura social y de organización del Estado, mucho más que en factores personales o en el sadismo individual. La Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) apunta cinco niveles de causas para la tortura: entorno político, entorno social y cultural, marco jurídico, sistema de justicia penal y entorno institucional<sup>11</sup>. De manera semejante, Rejali argumenta que la tortura depende de por lo menos una de tres condiciones: una burocracia de seguridad nacional poco cercana de las instituciones democráticas, un poder judicial que otorgue alta prioridad a las confesiones y/o una policía que actúe en la perspectiva de la manutención del orden<sup>12</sup>.

Apoyándose en estos insumos teóricos, el más reciente estudio empírico en la materia *Does Torture Prevention Work?*, de Carver y Handley, publicado en 2017, analiza 16 países por un periodo de 30 años (1985-2014) y selecciona cuatro tipos de medidas preventivas: (i) condiciones de detención, (ii) enjuiciamiento por el delito de tortura, (iii) mecanismos de quejas y (iv) monitoreo de lugares de detención<sup>13</sup>. Ellos consideran ocho categorías analíticas comprendiendo una variable para el contexto legal y otra variable para la realidad práctica, es decir:

detención en la ley y en la práctica, enjuiciamiento en la ley y en la práctica, quejas en la ley y en la práctica, y monitoreo en la ley y en la práctica.

Los autores concluyen que la práctica es un mejor predictor para la incidencia de la tortura que las leyes. Aunque se pueda decir que normas legales sean normalmente necesarias para crear un resultado preventivo, en general no son suficientes para tanto. El estudio registra que la ley *per se* tiene poco o ningún impacto en la prevención de la tortura. La práctica de detención emerge como el conjunto más importante de medidas preventivas para explicar la incidencia de la tortura: es estadísticamente significativa comparativamente a las demás categorías<sup>14</sup>. Pese al carácter axiomático que la verificación empírica de la realidad tenga sobre la prevención de la tortura, la ley todavía importa. Para los Mecanismos Nacionales Preventivos, entender qué herramientas la legislación les ofrece es importante para entender su potencial, evaluar críticamente su trabajo y proponer cambios.

### 3 MECANISMOS NACIONALES PREVENTIVOS (MNP)

Estos órganos se insertan en una estructura multinivel encargada específicamente de la prevención de la tortura: a nivel global con el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas<sup>15</sup>; a nivel regional con el Comité Europeo de Prevención (CPT)<sup>16</sup>; y a nivel nacional con los MNP<sup>17</sup>. La estrategia preventiva por excelencia que los fundamenta es bastante sencilla: visitas periódicas a unidades de privación de libertad, salvaguardando acceso irrestricto a todos los sitios, personas e información. Además de las visitas, el OPCAT pone como atribuciones mínimas hacer recomendaciones a las autoridades competentes para prevenir tortura y malos tratos y empeñarse en reformas legislativas pertinentes.

Teniendo en cuenta la *raison d'être* de los MNP, se puede presumir que estas competencias mínimas implican en medidas de carácter preventivo. Sin embargo, Carver y Handley argumentan que gran parte del trabajo de “prevención” de órganos de visitas como los MNP tiene como objetivo prevenir más los malos tratos que la tortura porque se centrarían en buscar mejores condiciones de prisión. Más allá de eso, afirman: “si bien las malas condiciones pueden constituir un maltrato, casi nunca equivalen a tortura”<sup>18</sup>. Las visitas regulares no resumen el tema.

## 4 MNP EN AMÉRICA LATINA

En la región, 13 Estados han designado o creado MNP. Todos fueron establecidos después de la entrada en vigencia del OPCAT, en 2007, pero la mayoría de los países han aprobado leyes en este tema después de 2011. El funcionamiento efectivo de los órganos tardó aún más.

Tabla 2. Legislación nacional sobre MNP en América Latina<sup>19</sup>

País	Ley	Año
Argentina	Ley 26.827/2013	2013
Bolivia	Decreto Supremo N° 2082/2014	2014
Brasil	Ley 12.837/2013	2013
Costa Rica	Ley 9204/2014	2014
Ecuador	Resolución 111-DPP-2011	2011
Guatemala	Decreto 40/2010	2010
Honduras	Decreto 16/2008	2008
México	LGPIST - Decreto 26-06-2017	2017
Nicaragua <sup>20</sup>	Acuerdo Presidencial 04/2012 y Ley 212/1995	2012
Panamá	Ley 6/2017	2017
Paraguay	Ley 4288/2011	2011
Perú	Ley 30.394/2015	2015
Uruguay <sup>21</sup>	Ley 18.446/2008	2008

Como ya se ha mencionado, la actividad por excelencia de los Mecanismos es la realización de visitas a lugares de detención. Irrefutable, por lo tanto, es la presunción de que las visitas poseen una finalidad preventiva. Se argumenta que la presencia frecuente y no anunciada produciría una disuasión de la tortura, por temor de las autoridades, pero la finalidad de los MNP es mucho más audaz. Tienen “el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>22</sup>, lo que puede ir más allá de las visitas.

Para prevenir es también crucial considerar el contexto. Los estudios de evaluación de programas preventivos actuales se basan en el modelo concebido por Bronfenbrenner<sup>23</sup>. Este propone que el desarrollo humano transcurre a través de la interacción entre el individuo y su entorno, específicamente como resultado de influencias concéntricas del entorno del individuo, desde sus padres, amigos, escuela, trabajo y cultura hasta el sistema socioeconómico. Entonces, tanto el individuo, las circunstancias, como el contexto donde está insertado son importantes.

En América Latina, la tortura es un problema gravísimo, y la ONU ha caracterizado en varios países la tortura como generalizada y estructural<sup>24</sup>. Si la tortura en la región es estructural, ella se efectúa a través de prácticas culturales y estructuras institucionales formales e informales<sup>25</sup>. Así, prevenir la tortura demanda intervenciones preventivas amplias y profundas en el ámbito de la cultura, de la opinión pública, de la concientización de derechos y de reformas institucionales. Luego los MNP enfrentan retos que engloban las tres modalidades de prevención: universal, selectiva e indicada.

## 4.1 Marco vigente de la prevención

Para llevar a cabo el análisis de los MNP dentro de un marco analítico contemporáneo es necesario considerar dos factores centrales de la ciencia de la prevención: los factores de riesgo y los factores de protección, acordes a Sánchez<sup>26</sup> y Starfield *et al.*<sup>27</sup>; y el trípede de prevención universal, selectiva e indicada.

En principio, la categorización en materia de prevención más diseminada fue el modelo triple adoptado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que segmenta: prevención primaria —evitar daños antes que ocurran—; secundaria —reducir el impacto de daños ya existentes—; y terciaria —minimizar el impacto de un daño en

curso que tenga efectos duraderos—<sup>28</sup>. En los años 1990, este modelo fue reformulado ante su perspectiva etiológica sobre el origen de la prevención. Se pasó entonces a una perspectiva centrada en las intervenciones preventivas y en quienes las ofrecen<sup>29</sup>.

El nuevo modelo subdivide la prevención en: universal, selectiva e indicada. Las intervenciones de prevención *universal* son ofrecidas a toda una población, sin distinguirse acciones a grupos específicos. La prevención *selectiva* se dirige a subpoblaciones con características sociales y demográficas que las exponga a “un riesgo” por encima del promedio<sup>30</sup>. En cambio, la prevención *indicada* se aplica a personas que presentan síntomas precoces, o sea, ya hayan sido afectadas o victimadas por el problema, buscándose impedir que el problema se agrave o se reproduzca en el futuro<sup>31</sup>. Esta tipología es la que la literatura considera como la más idónea para la evaluación científica. Los beneficios y maleficios de estos diferentes tipos de intervención han sido, por muchos años, objeto de encendidos debates, considerándose que ninguna modalidad es la ideal, siendo recomendable su combinación.

## 4.2 Método

A partir de estas referencias teóricas, se realizó una investigación con respecto de las obligaciones estatales en materia de prevención considerando las fuentes legales en los países latinoamericanos que instituyeron MNP. El método utilizado se basó en el análisis de contenido conforme Bardin<sup>32</sup> y otros autores<sup>33</sup>. Inicialmente, se exploró el *corpus juris* internacional en materia de tortura (*i. e.*, Declaración 1975, UNCAT, CIPST y OPCAT), juntamente con una revisión de la literatura. En seguida, se codificaron los dispositivos legales en seis macrocategorías:

- capacitación del personal de la policía, seguridad y custodia;
- revisión sistemática de normas y prácticas;
- marco legal contra la tortura, incluyendo la regla de exclusión de confesiones y jurisdicción extraterritorial;
- responsabilización y enjuiciamiento de agresores, considerando el deber de investigar y el derecho de presentar quejas;
- reparación a víctimas; y
- sistema de visitas a lugares de privación de libertad.

La segunda etapa de codificación acaeció sobre las leyes de los 13 países latinoamericanos con MNP. De allí, se categorizaron las disposiciones legales dentro de las seis categorías citadas y se las comparó con los cinco niveles de causas de la tortura de la APT<sup>34</sup> y los 12 puntos del Programa de Amnistía Internacional para la prevención de la tortura y malos tratos<sup>35</sup>. Sin embargo, se verificó que muchas leyes excedían los límites de tales categorías, exigiendo la creación de nuevas modalidades de clasificación. Por fin, se realizó la clasificación acorde el trípole preventivo: universal, selectiva e indicada.

El método está basado en la *grounded theory*<sup>36</sup>, en el sentido de que elabora categorías de interpretación de la “prevención” a partir de normas internacionales, después aplica tales categorías sobre las leyes nacionales, y finalmente refina tales categorías y las aplica nuevamente a la luz del marco triple que cosecha de las teorías de prevención.

## 4.3 Análisis de los datos

Como resultado de este método, redundaron categorías de competencias preventivas de la tortura dentro del marco de la ciencia de la prevención. A partir del *corpus juris* internacional se identificaron seis temas, ya mencionados. Particularmente, en relación al OPCAT, se identificó que todos los MNP poseían tres atribuciones mínimas para: visitar lugares de privación de libertad; hacer recomendaciones y entablar diálogos con las autoridades competentes; y opinar sobre materias legislativas.

Sin embargo, se verificaron competencias innovadoras frente al *corpus juris* internacional: 12 nuevas facultades. Así, fue necesario expandir la tipología para ceñir todas competencias preventivas observadas. De este modo surgieron 11 categorías, organizadas bajo los tres paraguas de: prevención universal, selectiva e indicada.

Además, se observaron facultades que podrían encuadrarse dentro de los tres paraguas. Por ejemplo, la legitimidad para litigar en juicio de algunos MNP puede ser utilizada para presentar acciones que visen de a la anulación de leyes incriminatorias (*i. e.*, prevención universal), también puede cuestionar en juicio condiciones inhumanas en una cárcel (*i. e.*, prevención selectiva), así como puede utilizar esta facultad para asegurar medidas de protección a una víctima de tortura (*i. e.*, prevención indicada). Luego competencias de esta naturaleza fueron clasificadas aparte, en una macrocategoría llamada “intervenciones multidimensionales”.

### 4.3.1 Prevención universal de la tortura

La prevención universal busca dimanar impactos de la tortura sobre un nivel general en la sociedad. Ante las normas internacionales, solo están sometidos al riesgo de ser torturados quienes estén privados de libertad. Esta constatación conlleva una inferencia muy elemental: la forma más primaria de prevenir la tortura es prevenir la privación de libertad.

Sin embargo, la legislación que establece los MNP en la región no trata de la criminalización de la tortura específicamente, pero les otorga otras facultades que les permite cambiar leyes penales, transformar los métodos de aplicación de la ley penal, y opinar sobre la inversión de recursos públicos y la selección autoridades de justicia criminal. Estas intervenciones de prevención universal, a partir de la sistematización de datos, dan lugar a cuatro categorías: (i) desarrollo legislativo; (ii) capacitación y difusión; (iii) inversión pública; y (iv) gestión de personas.

#### DESARROLLO LEGISLATIVO

Todos los 13 MNP analizados sostienen la competencia de manifestarse sobre reformas legislativas, como preconiza el OPCAT. La más novedosa legislación en la región es la de México, que afirma un esfuerzo coordinado de tres esferas de gobierno para la elaboración de protocolos de actuación, visando crear un sistema de revisión sistemática de procedimientos y protocolos relativos al uso legítimo de la fuerza, detención, interrogatorio o tratamiento de las personas privadas de libertad<sup>37</sup>.

Dimanando de la obligación del OPCAT para manifestarse sobre proyectos de ley concernientes a la tortura, algunos países han profundizado el dictamen hacia una participación robusta. En Argentina, por ejemplo, la legislación establece que el MNP debe “ser consultado en las discusiones parlamentarias vinculadas con la situación de las personas privadas de libertad en todo el territorio”<sup>38</sup>. De forma complementaria, la ley argentina también impone a las instituciones públicas modificar las reglamentaciones administrativas que resulten contrarias a las normas relativas a la prevención de la tortura<sup>39</sup>.

	Categoría	Competencias Estados	Fuente	Competencias MNP	Fuente
Prevencción universal	Desarrollo legislativo	Criminalización y enjuiciamiento penal de la tortura	CAT	Opiniones sobre materia legislativa	OPCAT
		Revisión regular de normas, métodos y prácticas sobre interrogatorios y privación de libertad	CAT	Recomendaciones para mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad	OPCAT
	Capacitación y difusión	Capacitación al personal afecto al tema	CAT	Capacitación al personal afecto al tema	BO, CL, MX, NI PE, PA, PY, UY
		Acciones de sensibilización (campañas, eventos)	AR, MX, NI	Acciones de sensibilización (campañas, eventos) para cambios culturales	AR, EC, GT, HN, NI, PE, PA, PY, UY
	Inversión pública	--	--	Orientación de la inversión de fondos públicos a políticas afectas a la privación de libertad	BR
	Gestión de personas	--	--	Supervisión del funcionamiento de los sistemas disciplinarios y de ascensos del personal de instituciones responsables por lugares de detención	AR, EC
Opiniones en procesos de designación y ascenso de magistrados y funcionarios judiciales vinculados con sus competencias				AR	
Prevencción selectiva	Dinámica de visitas	Establecer el MNP	OPCAT	Visitas periódicas	OPCAT
				Informes y recomendaciones	OPCAT
				Diálogo con autoridades competentes	OPCAT
	Responsabilización	Investigación de tortura y persecución penal	CAT	Comunicación de denuncias de hechos ilegales	BO, BR, GT, HN, MX, PE, PY, NI, UY
				Censura pública de autoridad	PA, NI, PY
				Buscar conciliación entre las personas víctimas y agentes públicos	NI
Prevencción indicada	Reparación	Reparación a víctimas de tortura	CAT, MX	Sugerir las medidas de reparación adecuadas	UY
	Represalias	Protección contra represalias	CAT, MX, AR	Protección contra represalias	OPCAT
	Registros	Registro de denuncias y casos	AR, BR (CNPCT), MX	Registro de denuncias y casos	AR, PY, UY
Intervenciones multidimensionales	Cooperación	Cooperación e intercambio de información sobre privación de libertad y tortura	AR, CR, BR, HN, PE, PA, MX, UY	Mantener contactos con el SPT	OPCAT
	Judicialidad	--	--	Legitimidad procesal	AR, BO, PA, NI, UY
	Participación de la sociedad civil	--	--	Cooperación con organizaciones de la sociedad civil	AR, BR, EC, HN, MX, PA, PY, UY

Asimismo, en Panamá, que aprobó una de las leyes más recientes del continente, prescribe al Estado “informar al Mecanismo Nacional de todo anteproyecto y proyecto de ley que pueda estar examinándose”<sup>40</sup>. Análogamente, el sistema jurídico hondureño vaticina que el MNP *debe* participar en el proceso de formulación de los proyectos de ley<sup>41</sup>. Todavía más incisiva es la normativa de Paraguay, la cual determina a todo órgano del Estado remitir al MNP cualquier iniciativa legislativa que le sea pertinente<sup>42</sup>.

En Uruguay y Nicaragua, donde el MNP está bajo la institución nacional de derechos humanos, las leyes también les aseguran participación legislativa. En Nicaragua, la norma le otorga poder para solicitar adhesión o ratificación de tratados internacionales de derechos humanos<sup>43</sup>. El Mecanismo uruguayo puede manifestarse sobre reformas constitucionales en derechos humanos<sup>44</sup>.

Estas disposiciones podrán tener un efecto muy importante sobre leyes para expandir el poder punitivo, el aumento de penas y la criminalización de nuevas conductas. Hay un potencial para reducir la privación de libertad, y así el riesgo de tortura. En contraste, podrán fomentar la descriminalización de conductas actualmente tipificadas y proporcionar una reducción de presos. El apoyo a proyectos de descriminalización del consumo de drogas y del narcomenudeo, que impactan inmensamente las prisiones, la violencia en la región y grupos estructuralmente discriminados como afrodescendientes e indígenas. Temas como *racial impact assessments* en la formulación de leyes penales, así como género, con innovación en medidas no privativas para mujeres embarazadas y responsables por hijos niños y adolescentes, pueden ponerse en el centro de los debates legislativos<sup>45</sup>. Las posibilidades son numerosas.

## CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN

La cultura punitiva y de la retribución es bastante vívida en América Latina. La exacerbación de la filosofía de punición permea los medios y la política en los dos extremos del espectro. Además de su pasado colonial, en América Latina han crecido ideas autoritarias y populistas de derecha<sup>46</sup>, lo que ha propiciado la tortura. Para enfrentar este fenómeno, estas leyes establecen medidas de prevención universal: actividades de capacitación de personal y sensibilización de la sociedad.

De un lado, la Convención contra la Tortura puntualiza el deber de los Estados de incluir “una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley”, lo que comprende un abanico de policías, guardias y médicos. La Convención fija también la obligación de que se publiquen las normas y los protocolos para regular el trabajo de estos actores<sup>47</sup>. El OPCAT, por su parte, solo menciona en su preámbulo “*educación* y una combinación de diversas medidas”.

El estudio de Carver y Handley apunta que capacitaciones de agentes públicos están positivamente correlacionadas con la prevención de la tortura en todo el grupo de países estudiados. No obstante, advierten que las capacitaciones que se centran en el desarrollo de habilidades profesionales prácticas tienen más probabilidad de ser efectivas que aquellas que familiarizan a los participantes con normas internacionales<sup>48</sup>. En muchos casos, participantes de capacitaciones entendían tratarse de un “ritual obligatorio que tenía poco que ver con lo que sucede en el mundo real”. Ahora bien, cuando se capacitó con una perspectiva práctica hubo un impacto significativo<sup>49</sup>. Además de enseñar un rol estricto de reglas, protocolos y controles, otros temas como la cultura punitiva y retributiva, la mentalidad de lucha contra el “enemigo” y la filosofía del miedo también deben ser abordados.

Las leyes nacionales han progresado con este tema. El MNP argentino puede entrenar a funcionarios públicos y privados, así como capacitar a personas privadas de libertad<sup>50</sup>. En México, las tres órdenes de gobierno pueden promover capacitación y profesionalización permanente de servidores de seguridad pública, justicia y privación de libertad, abordando obligatoriamente las normas de derecho internacional<sup>51</sup>. En Uruguay se orienta la colaboración del MNP con el Gobierno para desarrollar currículos de capacitación<sup>52</sup>.

Siete países expanden la competencia de concientización sobre la tortura para la sociedad, en la línea de predicciones del UNODC<sup>53</sup>. En Bolivia, la legislación atribuye al MNP programas de promoción y difusión para evitar violaciones en establecimientos de detención<sup>54</sup>. Guatemala designa a su MNP la función de realizar “capacitación y otras actividades para elevar el nivel de la conciencia pública en relación a la tortura”<sup>55</sup>. En el mismo sentido, prescribe la norma panameña al MNP “realizar capacitación y otras actividades preventivas de la conciencia

pública en relación con la tortura”<sup>56</sup>. Con menor osadía que los anteriores, los MNP de Nicaragua<sup>57</sup>, Paraguay<sup>58</sup>, Perú<sup>59</sup> y Uruguay<sup>60</sup> también están habilitados para brindar concienciación sobre la prevención de la tortura.

Campañas de naturaleza universal poseen un potencial muy considerable de impacto de las estructuras primarias de vigor punitivo con influencia sobre nodulos importantes del problema, como la falta de voluntad política, transparencia e influencia a electores y legisladores<sup>61</sup>.

### GESTIÓN DE PERSONAS

Otra categoría de intervenciones identificadas concierne a la gestión de personas. En Ecuador<sup>62</sup> y Argentina<sup>63</sup>, los MNP comparten tanto la atribución de supervisar el funcionamiento de los sistemas disciplinarios como la de monitorear y manifestarse sobre los regímenes de designación, promoción y ascenso profesional de servidores asociados a los sistemas de privación de libertad. La ley argentina incluye también la función de opinar sobre “procesos de designación y ascenso de magistrados y funcionarios judiciales vinculados con sus competencias”<sup>64</sup>.

Habilitar Mecanismos para intervenir en los procesos de gestión de personas en el ámbito del sistema de justicia es algo verdaderamente vanguardista porque permite entablar la tortura, el encarcelamiento masivo y medidas no privativas de libertad en los concursos públicos y en otros medios de acceso y ascenso de jueces, fiscales y defensores públicos; los personajes confiados a la prevención más básica: prevenir la privación de libertad.

### INVERSIÓN PÚBLICA

Por fin, el direccionamiento de la inversión pública fue evidenciado como una intervención innovadora en un único país: Brasil. La ley brasileña establece que proyectos que utilicen recursos provenientes de cuatro fondos nacionales —*i.e.*, fondo penitenciario, seguridad pública, personas mayores, niñez y adolescencia— deberán tener en cuenta las recomendaciones del MNP. Así se establece una asociación entre las recomendaciones preventivas y la inversión

gubernamental brasileña. Esta previsión legal tiene gran potencial para favorecer medidas no privativas de libertad, alternativas penales y políticas con enfoques multidimensionales como género y etnia/raza, que reducen el encarcelamiento.

## 4.3.2 Prevención selectiva de la tortura

El campo de las intervenciones de prevención selectiva está situado en del universo de la privación de libertad. Bajo el criterio de factores de riesgo para una categorización selectiva, como aludido, todos los privados de libertad corren, por la condición de detención, el riesgo de sufrir tortura. Hardiker defiende que la prevención selectiva corresponde a aquellos individuos que tengan un “expediente abierto” en alguna agencia pública, es decir, son personas a quienes el Estado aporta servicios de modo individualizado<sup>65</sup>. Este es el caso de todos los privados de libertad, y esta es la esfera de actuación por excelencia de los MNP. El OPCAT fue concebido a partir de una estrategia principal basada en visitas a centros de detención, o sea, implementando una intervención selectiva. Entre las intervenciones observadas sobresalen el sistema de visitas y la responsabilización de acusados de tortura.

### SISTEMA DE VISITAS

Para fines didácticos, se inspira en la definición de la ley guatemalteca: se denomina “sistema de visitas” el modelo estructurado en virtud de las visitas a lugares de privación de libertad, lo que comprende, además de las visitas y prerrogativas de los Mecanismos, su planificación, informes y recomendaciones, seguimiento de estas y diálogos con las autoridades<sup>66</sup>. La perspectiva preventiva se sitúa en el hecho de que las visitas son realizadas por instituciones independientes (MNP), regularmente, de modo no anunciado, y conllevan a diálogos constructivos para lograr cambios. Según la APT, el monitoreo preventivo se caracteriza por visitas “preventivas en lugar de reactivas, periódicas en lugar de ocasionales, globales en lugar de individuales y cooperativas en lugar de inculpatorias”<sup>67</sup>. La recurrencia de visitas tiende a disuadir la tortura, y las recomendaciones y el diálogo aportan aún más en la prevención.

Todos los países analizados instauraron legalmente un MNP y, por lo tanto, establecieron un sistema de visitas con las garantías mínimas previstas en el OPCAT. Un asunto novedoso es prescripción legal de creación de estándares específicos para evaluación de la prevención de la tortura en visitas de monitoreo. El MNP argentino está encargado de elaborar criterios de actuación para aplicación uniforme y homogénea en materias de, *inter alia*, inspecciones, condiciones de detención, empleo de la fuerza, requisas y regímenes disciplinarios<sup>68</sup>.

Análogamente, se atribuyó al MNP ecuatoriano la formulación de estándares para visitas<sup>69</sup>. El MNP nicaragüense tiene sus prerrogativas de visita resguardadas incluso penalmente, en caso de negársele información o colaboración<sup>70</sup>.

## RESPONSABILIZACIÓN

La responsabilización de transgresores que cometen tortura ha sido históricamente un enfoque en la prevención de la tortura, la cual se inserta en la prevención selectiva en virtud de llevarse a cabo *a posteriori* de la ocurrencia del problema. El efecto de prevención selectiva adviene del hecho de que, cuando las quejas de tortura son consideradas seriamente, se resulta muchas veces en el alejamiento provisorio o la licencia del acusado del cargo que ejerce.

Con una imputación criminal, estas medidas tienden a mantenerse y, en caso de condena, redundan también en la pérdida del cargo. Así, privar el acusado de ejercer la labor de custodia directa sobre personas privadas de libertad presenta un potencial preventivo ante la población detenida en general, la cual estaría escudada de sufrir futuras vulneraciones por este funcionario público.

En 12 países<sup>71</sup> está entre las competencias de los MNP la de registrar denuncias de tortura y dar seguimiento a quejas individuales. La legislación uruguayana se destaca por dotar al MNP de competencia para “la adopción de las medidas provisionales de carácter urgente que considere pertinentes [...] impedir la consumación de perjuicios, el incremento de los ya generados o el cese de los mismos”<sup>72</sup>.

En Brasil, el tema ha sido objeto de las instituciones partes del Sistema Nacional de Prevención, generando una recomendación para que los jueces “observen con extrema cautela la reintegración de servidores o empleados despedidos o alejados

por implicación en violencia y tortura”<sup>73</sup>. La ley brasileña también determina como sanción, por condena de tortura, la pérdida del cargo público<sup>74</sup>.

Desde otra perspectiva, se percibe una mentalidad punitiva arraigada en estas leyes. En Ecuador, el MNP está habilitado para investigar exhaustivamente quejas de tortura<sup>75</sup>. Se resaltan los escenarios nicaragüense, panameño y paraguayo, donde los MNP son habilitados para imponer *mano propia* censuras ético-políticas y administrativas a funcionarios y autoridades sobre hechos de tortura<sup>76</sup>. Sin embargo, esta competencia parece mal ubicada, teniendo en cuenta que el razonamiento de fondo de los Mecanismos Preventivos es comprometerse en captar colaboración estatal y no conducir valoraciones jurídicas o acusaciones sobre conductas<sup>77</sup>.

## 4.3.3 Prevención indicada de la tortura

La prevención indicada, por su cuenta, se asocia a intervenciones enderezadas a personas que hayan sufrido tortura: las víctimas. Estas intervenciones pueden ser clasificadas en tres categorías: reparación; protección contra represalias; y registros sobre la privación de libertad.

### REPARACIÓN

Dentro de la prevención indicada, las intervenciones de asistencia, apoyo y reparación son las frecuentes en varios campos debido a que se busca evitar nuevos daños o revictimización. No obstante, eso no suele pasar a la tortura. La reparación integral a víctimas de tortura es todavía poco discutida y ejecutada. La UNCAT avala que los Estados aseguren “la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”<sup>78</sup>. En cambio, el OPCAT es silente, así como son la mayoría de las leyes nacionales examinadas, a excepción de cuatro países.

El MNP ecuatoriano tiene la facultad de fomentar colectivos de víctimas, así como emitir recomendaciones para evitar la revictimización de las víctimas de tortura<sup>79</sup>. Los legisladores guatemaltecos cercioraron al MNP la competencia de recomendar medidas de atención y reparación a las víctimas<sup>80</sup>. También

deben trabajar con grupos de víctimas y familiares de privados de libertad los Mecanismos de Argentina y Ecuador<sup>81</sup>. Uruguay posibilita al MNP proponer a las autoridades “las medidas reparatorias que estime adecuadas”<sup>82</sup>.

México tiene posiblemente el régimen jurídico más robusto del continente en materia de reparación. La ley nacional establece la reparación con uno de sus tres objetivos, dedicando todo un capítulo al asunto. Señala entre sus principios un enfoque diferencial y especializado en razón de etnia, género, entre otros. Además de eso, vaticina el principio de “no revictimización”, caracterizado por acciones estatales que “lleguen a agravar su condición; obstaculizar o impedir el ejercicio de sus derechos, o se les exponga a sufrir un nuevo o mayor daño”<sup>83</sup>.

Falta a los demás Estados brindar similar protección jurídica a las víctimas. La reparación puede tener efectos virtuosos, cambiando estilos de vida y resignificando proyectos de vida, lo que tiene impacto sobre nuevos hechos de violencia y tortura en su contra. Ferstman defiende que “ofrecer reparación y reparación a las víctimas de tortura contribuye a la prevención de casos futuros o continuados de tortura, además de los fines a los que sirven al abordar actos pasados”<sup>84</sup>.

## PROTECCIÓN CONTRA REPRESALIAS

Aparte de las medidas de reparación, también están en el marco de la prevención indicada las intervenciones de antirrepresalias para víctimas y denunciante de tortura. La CAT dispone que “se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”<sup>85</sup>. En el mismo sentido, prevé el OPCAT que no se tolerará cualquier tipo de perjuicio a quien comunique al MNP cualquier información, ya sea verdadera o falsa<sup>86</sup>.

La protección contra represalias impacta también la labor de los MNP en las visitas de monitoreo. Investigaciones indican que “el miedo de los informantes a las represalias es un obstáculo importante para un trabajo de monitoreo efectivo”<sup>87</sup>. Denuncias contra agentes públicos redundan en un riesgo de represalias, nuevas torturas y amenazas más graves. En estos casos, medidas de protección son fundamentales para impedir futuros daños a la víctima que denuncia.

Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú, Paraguay y Uruguay brindan protección contra represalias a los individuos que colaboren o presenten quejas a los MNP. La ley argentina y la mexicana determinan la creación o inserción de denunciantes y testigos en programas de protección que puedan estar expuestas a intimidaciones y represalias<sup>88</sup>. También, en México se detalla que las medidas de protección pueden extenderse a los familiares y al patrimonio de la víctima<sup>89</sup>. Además, los mexicanos gozan de una protección en la Ley General de Víctimas, que les asegura la aplicación del principio de no criminalización, que preconiza que “ninguna autoridad o particular podrá especular públicamente sobre la pertenencia de las víctimas al crimen organizado o su vinculación con alguna actividad delictiva”<sup>90</sup>. En sentido análogo está la ley uruguaya, que prohíbe sanción a personas que comuniquen cualquier información, aunque falsa, al MNP<sup>91</sup>.

## REGISTROS

Producir registros de quejas de tortura es un reto en Latinoamérica, en razón del acentuadísimo subregistro. El fenómeno está relacionado al desconocimiento de las personas privadas de libertad y familiares sobre los servicios de recibo de quejas —*e.g.*, Ombudsman, comisiones de derechos humanos, Ministerio Público, etc.— así como a la dificultad de acceso a tales canales. También contribuye la creencia en la ineffectividad de realizar denuncias, así como la desensibilización de las víctimas a la violencia<sup>92</sup>.

Por otro lado, hay una paradoja sobre la disponibilidad de información sobre la tortura. Mantener registros normalmente evidencia que las medidas preventivas se están volviendo efectivas y no necesariamente que la incidencia de tortura esté creciendo. Es más probable que a la medida que las sociedades se vuelvan más abiertas, más democráticas, con los medios de comunicación libres y la sociedad civil permanezca activa, se documenten más casos de tortura. Luego perfeccionar y estandarizar la recopilación de datos sobre tortura es importante<sup>93</sup>.

Pese a que los tratados no aborden el tema, algunas leyes nacionales lo han hecho. En Argentina, el MNP está encargado de dos bases de datos: el Registro Nacional de casos de Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el Registro Nacional de Acciones Judiciales de Hábeas Corpus

motivadas en el agravamiento de condiciones de detención<sup>94</sup>. En México, si bien no está a cargo del MNP, la ley reciente establece un Registro Nacional con información sobre todos los casos de denuncia de tortura<sup>95</sup>. En el sistema brasileño, se atribuyó a un órgano complementario al MNP la función de construir y manejar un banco de datos con información sobre quejas de tortura, denuncias criminales, fallos judiciales y buenas prácticas<sup>96</sup>.

El MNP paraguayo, por otro lado, tiene bajo su responsabilidad manejar un registro histórico documental de prevención de tortura y buenas prácticas<sup>97</sup>. En Uruguay, el INDDHH, que abriga el MNP, sostiene una competencia similar para formar un registro de denuncias de derechos humanos<sup>98</sup>. No obstante, poseer registros fidedignos es un reto, en razón de la extrema subnotificación.

### 4.3.4 Intervenciones multidimensionales

Después de haber clasificado las intervenciones en la égida preventiva, restaron algunas medidas con potencial de aplicarse en todos los niveles de prevención, poseyendo una naturaleza transversal en la prevención de la tortura ante la prevención universal, selectiva o indicada. Tres categorías fueron evidenciadas: la legitimidad procesal, la cooperación, y la participación de la sociedad civil.

#### LEGITIMIDAD PROCESAL

Pese a que el preámbulo del OPCAT señala la búsqueda en fortalecerse por “medios no judiciales de carácter preventivo”, basados en visitas periódicas a lugares de detención, los MNP de Argentina, Bolivia, Nicaragua, Panamá y Uruguay cuentan con la legitimidad para promover acciones judiciales. Esos pueden constituirse como partes en procesos en trámite y manifestarse en carácter de *amicus curiae*.

Esta facultad les ofrece un amplísimo potencial para intervenir en temas de prevención universal (*e.g.*, demandas de beneficios penales, reducción de penas, indultos), de prevención selectiva (*e.g.*, interdicción de penitenciarías, recursos de amparo a favor de presos) y prevención indicada (*e.g.*, solicitud para medidas de

protección). Con menos alcance, la ley brasileña garantiza que los informes del MNP tengan valor de prueba en juicio, lo que indirectamente favorece la judicialización preventiva<sup>99</sup>. El MNP nicaragüense, ubicado dentro del PDDH, todavía tiene competencia para buscar “la conciliación entre las personas cuyos derechos han sido violados o puestos en peligro con [...] la administración pública”<sup>100</sup>.

#### COOPERACIÓN

De otro lado, el tema de la cooperación es fundamental en la historia de los MNP. Hubo una preocupación desde su concepción con superposición de competencias, discrepancia en los estándares y coherencia frágil entre instituciones de monitoreo<sup>101</sup>. Por supuesto, esta cuestión tiene especial énfasis en varias de legislaciones internas, pese las disposiciones limitadas del OPCAT<sup>102</sup>. La cooperación alcanza todos los niveles de prevención, sea la coordinación entre policía, Poder Judicial y servicios no privativos de libertad, sea en el monitoreo de la detención bajo los mismos indicadores, sea por colaboración en medidas en aras de las víctimas.

En Argentina y Brasil, la legislación instauro la noción de “sistema” para la prevención de la tortura, imponiendo competencias compartidas entre diferentes instituciones. En virtud de su composición federal, también autorizan Mecanismos Preventivos a nivel de provincias y estados, que corroboran la cooperación.

La eficacia del trabajo de un MNP está centrada en la capacidad colaborativa con los demás órganos del Estado<sup>103</sup>. Algunas leyes han reforzado la coordinación con prescripciones jurídicas de colaboración, dictando el deber del Estado de cooperar con el MNP: Argentina<sup>104</sup>, Bolivia<sup>105</sup>, Costa Rica<sup>106</sup>, Guatemala<sup>107</sup>, Honduras<sup>108</sup>, Nicaragua<sup>109</sup>, Panamá<sup>110</sup>, Perú<sup>111</sup>, Paraguay<sup>112</sup> y Uruguay<sup>113</sup>. En carácter más coercitivo, se dicta el deber de implementar las recomendaciones del MNP, como en Costa Rica, Guatemala y Perú. Incluso en algunos Estados —Honduras y Paraguay— son previstas sanciones administrativas por incumplimiento de recomendaciones. De otra parte, en Argentina y Paraguay también hay la facultad de utilizar un poder de convocación sobre funcionarios y autoridades para prestar información. Más a fondo, México vaticina la creación de un plan nacional para la prevención de la tortura, también de manera colaborativa<sup>114</sup>.

## PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

El último tópico que trasciende los niveles de prevención es la participación de la sociedad civil. La legislación latinoamericana está imbuida de principios de transparencia y su acceso público a la información. Estatuye la ley hondureña como principios: la simplicidad operativa, el no formalismo y la participación ciudadana. Asimismo, en Panamá y México, la transparencia y la participación social también son principios asentados<sup>115</sup>.

La composición de expertos del propio MNP también está muy conectada a la sociedad civil, como en Paraguay, así como en Brasil y Argentina<sup>116</sup>. Además, los MNP argentino y uruguayo pueden promover articularse con universidades, organizaciones de derechos humanos y asociaciones de familiares. Por fin, se permite la participación activa de organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de las actividades del MNP de México e incluso en la planificación de sus actividades en Paraguay<sup>117</sup>.

## 5 CONCLUSIÓN

Este artículo posee como enfoque principal el análisis sobre leyes e instituciones “en papel” (*law in books*) y no examina lo que los MNP realizan (*law in action*). Luego el estudio presenta un límite analítico para evaluar si los MNP están, en la práctica, ejerciendo sus competencias legales.

Así, considerando la perspectiva legal, la prevención de la tortura que debe ser llevada a cabo por los MNP latinoamericanos asume diversas facetas que pueden constituirse dentro del marco de la prevención universal, selectiva e indicada. Los Estados y los MNP pueden pasar a comprender el impacto de sus acciones a partir de este modelo, de manera que evalúen cuál es el nivel preventivo de sus intervenciones y qué resultados alcanzan. Hay un gran potencial para que los MNP trabajen en intervenciones preventivas multinivel.

En especial, el campo de medidas de prevención universal merece ser más explotado debido al contexto de tortura generalizada y estructural en la región. La dinámica de visitas a lugares de privación de libertad es muy importante, pero aisladamente no atenderá a los retos de prevención de la tortura en la región.

El sentido común sobre la lógica preventiva señala una preferencia hacia las intervenciones de carácter universal, por considerarlas las “más preventivas” porque anteceden el problema. De hecho, su potencial transformador es enorme, pero impone costos altos, ganancias al largo plazo y obstáculos políticos. Luego, en aras de la efectividad del trabajo de los MNP, es importante diseñar planes de trabajo que enfoquen la prevención universal en equilibrio con las modalidades de intervención selectiva e indicada. Este aporte teórico puede auxiliar los MNP a percibir y sacar provecho de la multiplicidad de competencias que poseen de forma estratégica y bajo un análisis del contexto nacional.

## NOTAS AL PIE

2. En este artículo se denominarán los “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” como “malos tratos”.
3. Artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975).
4. Artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).
5. Artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT).
6. Carla Ferstman, *Reparation as Prevention: Considering the Law and Practice of Orders For Cessation and Guarantees of Non-Repetition in Torture Cases* (Social Science Research Network, 2010, SSRN Scholarly Paper ID 3130690 12–13, disponible en <https://papers.ssrn.com/abstract=3130690>, consultado el 13 de junio de 2018).
7. “Convencidos de que la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes podría reforzarse mediante un *procedimiento no judicial de carácter preventivo, basado en visitas*”, Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 1987 (destaque del autor).
8. “El objetivo del presente Protocolo es establecer un sistema de un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos [...] independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, *con el fin de prevenir la tortura*”, artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT) (destaque del autor).
9. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *Does Torture Prevention Work?* (1 edición, Liverpool University Press, 2017), p. 51.
10. Ídem.
11. Asociación para la Prevención de la Tortura APT, *Abordando Las Causas Originarias de La Tortura* (disponible en <https://www.apt.ch/es/abordando-las-causas-originarias/>, consultado el 13 de enero de 2018).
12. Darius Rejali, *Torture and Democracy* (Princeton University Press, 2009).
13. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *op. cit.*
14. *Ibíd.*, pp. 34, 51, 56, 66.
15. Creado a partir del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT), de 2002.
16. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 1987.
17. Creados para atender a una obligación internacional de los Estados Partes que ratificaron el OPCAT.
18. Carver y Handley (eds.), *op. cit.*, p. 97.
19. Chile adoptó una nueva legislación poco después de que se realizara esta investigación y que, por esta razón, no pudo incorporarse en el análisis aquí conducido. Para obtener más información, consulte: <http://ddhh.minjusticia.gob.cl/congreso-aprueba-mecanismo-nacional-de-prevencion-de-la-tortura-y-pasa-a-serley-con-amplia-mayoria/>.
20. La Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos (PDDH) ha sido designada como el MNP de Nicaragua. En Uruguay, el Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH) funciona como Mecanismo Nacional. Se analizaron las competencias relevantes de estos dos órganos.
21. En Uruguay, el Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH) funciona como Mecanismo Nacional, que tampoco posee normativa de funcionamiento propia. En este caso también se analizaron las competencias relevantes del órgano indicado como MNP.
22. Artículo 1 del OPCAT.
23. Urie Bronfenbrenner, *The Ecology of Human Development* (Harvard University Press, 2009).
24. Karina Ansolabehere *et al.*, *Violaciones, Derechos Humanos y Contexto: Herramientas Propuestas Para Documentar e Investigar: Manual de Análisis de Contexto Para Casos de Violaciones a Los Derechos Humanos* (Verónica Hinestroza y Sandra Serrano, eds., 1 International Bar Association’s Human Rights Institute (IBAHRI) y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales —FLACSO—, 2017), p. 42-45.
25. Claudio Nash Rojas, Pedro Aguiló Bascuñán y Matías Meza-Lopehandía, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos* (Repositorio Académico - Universidad de Chile, 2014, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142495>, consultado el 13 de junio de 2018), p. 69.
26. Carmen Arbex Sánchez, *Guía metodológica para la implementación de una intervención preventiva, selectiva e indicada* (Francisco J de Antonio Lobo y Mari Paz González San Frutos, eds., 1 edición, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, disponible en <http://www.cendocbogani.org/Archivos/Bibliografias/E-2%201098%20GuíametodologicaADES.pdf>, 2013), p. 32-33 .
27. B. Starfield *et al.*, “The Concept of Prevention: A Good Idea Gone Astray?” (*62 Journal of Epidemiology & Community Health*, 2008), p. 580.
28. Institute for Work & Health, *Primary, Secondary and Tertiary Prevention* (2015, At Work 2, disponible en [https://www.iwh.on.ca/system/files/at-work/at\\_work\\_80.pdf](https://www.iwh.on.ca/system/files/at-work/at_work_80.pdf)).
29. David R. Offord, “Selection of Levels of Prevention” (*25 Addictive Behaviors*, 2000), p. 833; R. F. Muñoz, P.J. Mrazek y R. J. Haggerty, “Institute of Medicine Report on Prevention of Mental Disorders. Summary and Commentary” (*51 The American Psychologist*, 1996), 1116, 1116.
30. Samia Abreu Oliveira, *Prevenção em saúde mental no Brasil na perspectiva da literatura e de especialistas da área* (2013, disponible em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11952>, consultado el 28 de enero de 2018), p. 29; Carmen Arbex Sánchez, *op. cit.*, p. 105.”plainCitation”.:”Samia Abreu Oliveira, ‘Prevenção em saúde mental no Brasil na perspectiva da literatura e de especialistas da área’ (2013
31. Samia Abreu Oliveira, *op. cit.*, p. 29; Carmen Arbex Sánchez, *op. cit.*, p. 110-113.
32. Laurence Bardin, *Análise de conteúdo* (Edição: 1, Almedina, 2011).

33. Ricardo Bezerra Cavalcante, Pedro Calixto y Marta Macedo Kerr Pinheiro, “Análise de Conteúdo: considerações gerais, relações com a pergunta de pesquisa, possibilidades e limitações do método” (24 *Informação & Sociedade: Estudos*, 2014, disponible em <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/10000>, consultado el 16 de junio de 2018).
34. Asociación para la Prevención de la Tortura, *op. cit.*
35. Amnesty International, *Amnesty International's 12-Point Programme for the Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment by Agents of the State* (2005, disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/document/?indexNumber=act40%2f001%2f2005&language=en>, consultado el 9 de junio de 2018).
36. Kathy Charmaz y Linda Liska Belgrave, “Grounded Theory” (*The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, American Cancer Society, 2015, disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781405165518.wbeosg070.pub2>, consultado el 7 de octubre de 2018; Juliet M. Corbin y Anselm Strauss, “Grounded Theory Research: Procedures, Canons, and Evaluative Criteria” (13 *Qualitative Sociology*, 1990), p. 3).
37. Arts. 60 y 61 de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
38. Art. 8, m, de la Ley 26.827/2013.
39. Art. 55 de la Ley 26.827/2013.
40. Art. 6, 10, de la Ley 6/2017.
41. Art. 13.9, del Decreto 16/2008.
42. Art. 10, f, de la Ley 4288/2011.
43. Art. 18, 12 de la Ley 212/1995.
44. Art. 4° de la Ley 18.446/2008.
45. Temas abordados en informes del MNP de Brasil. (Rafael Barreto Souza, *Relatório Temático - FUNPEN e Prevenção à Tortura: As Ameaças e Potenciais de Um Fundo Bilionário Para a Prevenção à Tortura No Brasil*” (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura MNPCT ed, MNPCT 2017).)
46. *Boaventura: Descolonizar, Desmercantilizar e Democratizar | Vídeo - Le Monde Diplomatique* (disponible em <https://diplomatique.org.br/tv/os-tres-ds-de-boaventura-descolonizar-desmercantilizar-e-democratizar-entrevista-completa/>, consultado el 7 de octubre de 2018).
47. Art. 10 de la CAT.
48. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *op. cit.* 632
49. *Ibid.*, pp. 98-99.
50. Art. 8°, l, de la Ley 26.827/2013.
51. Art. 68, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
52. Art. 4° de la Ley 18.446/2008.
53. United Nations Office on Drugs and Crime UNODC, *Handbook on the Crime Prevention Guidelines: Making Them Work* (1.ª ed., United Nations Office on Drugs and Crime, 2010, disponible en [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Handbook\\_on\\_Crime\\_Prevention\\_Guidelines\\_-\\_Making\\_them\\_work.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Crime_Prevention_Guidelines_-_Making_them_work.pdf)), p. 30.
54. Art. 9°, b, del Decreto Supremo N° 2082/2014.
55. Art. 13, i, del Decreto 40/2010.
56. Art. 5, 7, de la Ley 6/2017.
57. Art. 18, 12 de la Ley 212/1995.
58. Art. 10, k, Ley 18.446/2008.
59. Ley 30.394/2015.
60. Art. 4°, N de la Ley 18.446/2008.
61. APT, *op. cit.*
62. Art. 6, m, de la Resolución 111-DPP-2011.
63. Art. 8°, j, de la Ley 26.827/2013.
64. Art. 8°, k, y 43, de la Ley 26.827/2013.
65. Pauline Hardiker, Ken Exton y Mary Barker, “The Social Policy Contexts of Prevention in Child Care” (21 *The British Journal of Social Work*, 1991), pp. 341, 347.
66. Art. 4, e, del Decreto 40/2010.
67. Asociación para la Prevención de la Tortura, *Monitoreo de Lugares de Detención: Una Guía Práctica* (APT, 2004).
68. Art. 7° f, de la Ley 26.827/2013.
69. Art. 6, g, de la Resolución 111-DPP-2011.
70. Art. 25 de la Ley 212/1995.
71. Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay y Uruguay.
72. Art. 4° de la Ley 18.446/2008.
73. *Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Recomendação No 03, de 23 de Fevereiro de 2016 - Dispõe Sobre Recomendações Ao Conselho Nacional de Justiça Para o Aperfeiçoamento Da Atuação Do Poder Judiciário Na Prevenção e Combate à Tortura No Sistema Socioeducativo*.
74. Art. 1°, §5°, de la Ley 9.455/1997.

75. Art. 6°, c, de la Resolución 111-DPP-2011.
76. Art. 18, 6 de la Ley 212/1995 de Nicaragua; Art. 40 a 42, de la Ley 4288/2011 de Paraguay; Art. 10, h y 28 a 30, de la Ley 6/2017 de Panamá.
77. Antonio Cassese, "A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture" (83 *The American Journal of International Law*, 1989), pp. 128, 136.
78. Art. 14.1, de la CAT.
79. Art. 6, ñ y o, de la Resolución 111-DPP-2011.
80. Art. 12, c, del Decreto 40/2010.
81. Art. 8°, e, de la Ley 26.827/2013; Art. 6, f, de la Resolución 111-DPP-2011.
82. Art. 4°, K de la Ley 18.446/2008.
83. Art. 6°, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
84. Nigel S. Rodley, *Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (United Nations, 2000, A/55/290, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/605/08/PDF/N0060508.pdf?OpenElement>), párr. 28.
85. Art. 13, de la CAT.
86. Art. 21.1, del OPCAT.
87. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *op. cit.* pp. 95-96.
88. Art. 54, de la Ley 26.827/2013.; Art. 95, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
89. Art. 93, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
90. Art. 5°, de la Ley General de Víctimas - Decreto 09-01-2013, México.
91. Art. 34 de la Ley 18.446/2008.
92. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, *Relatório de Visita a Unidades de Privação de Liberdade Do Tocantins* (MNPCT, 2017, disponible en <http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/relatorio-de-visita-tocantins/>), párr. 35; Rafael Di Tella *et al.*, *Crime and Violence: Desensitization in Victims to Watching Criminal Events* (National Bureau of Economic Research, Working Paper 23697, 2017, disponible en <http://www.nber.org/papers/w23697>, consultado el 21 de enero de 2018).
93. Richard Carver y Lisa Handley (eds.), *op. cit.*, pp 36, 628.
94. Art. 7°, e, de la Ley 26.827/2013.
95. Art. 83, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
96. Art. 7°, de la Ley 12.847/2013.
97. Art. 10, g, de la Ley 4288/2011.
98. Art. 33 de la Ley 18.446/2008.
99. Art. 10, §3°, de la Ley 12.847/2013.
100. Art. 18 de la Ley 212/1995.
101. Rachel Murray, United Nations. Optional protocol to the convention against torture and University of Bristol, *The Optional Protocol to the UN Convention against Torture / Rachel Murray ... [et al.]* (Oxford University Press, 2011), pp. 82-87.
102. El OPCAT solo prevé la cooperación de los MNP con el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (SPT).
103. Murray, United Nations. Optional protocol to the convention against torture and University of Bristol, *op. cit.*, p. 137.
104. Art. 51, de la Ley 26.827/2013.
105. Art. 8°, del Decreto Supremo N° 2082/2014.
106. Art. 13, de la Ley N° 9204/2014.
107. Art. 16, d y e, del Decreto 40/2010.
108. Art. 15, del Decreto 16/2008.
109. Art. 18, 9 de la Ley 212/1995.
110. Art. 6.6, 6.7, de la Ley 6/2017.
111. Ley 30.394/2015.
112. Art. 5°, de la Ley 4288/2011.
113. Art. 4°, 10 y 35 de la Ley 18.446/2008.
114. Art. 69, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
115. Art. 4°, 5, 7, de; Decreto 16/2008; Art. 7°, 2, de la Ley 6/2017; Art. 6°, VI, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017, México.
116. Art. 7°, de la Ley 12.847/2013; Art. 3° de la Ley 26.827/2013.
117. Art. 78, XIII, de la LGPIST - Decreto 26-06-2017; Art. 10, m, de la Ley 4288/2011.

capítulo



**APORTES DESDE EL MODELO  
COMUNITARIO AL ABORDAJE DE LA  
TORTURA Y LA VIOLENCIA POLÍTICA  
EN LATINOAMÉRICA**

**Miryam** Rivera-Holguín<sup>1</sup>, **Tesania** Velázquez<sup>2</sup> y **Diego** Otero-Oyague<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Doctoranda en la Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Magíster en Salud Mental en Poblaciones por la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Psicóloga por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente asociada del Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y coordinadora del Grupo de Investigación en Psicología Comunitaria de la PUCP. Dirección postal: Tiensestraat 102- 3720, Leuven 3000, Belgium. Correo electrónico: mriverah@pucp.pe.

<sup>2</sup>Doctoranda en Psicología en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Psicología Clínica y Forense por la Universidad de Salamanca. Docente asociada del Departamento de Psicología y de la Maestría en Psicología Comunitaria de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación en Psicología Comunitaria de la PUCP. Dirección postal: Avenida Universitaria 1801, San Miguel, Lima 32, Perú. Correo electrónico: tvelazq@pucp.pe.

<sup>3</sup>Magíster en Psicoanálisis y Teoría de la Cultura por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Psicología Clínica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la PUCP y de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Miembro del Grupo de Investigación en Psicología Comunitaria de la PUCP. Dirección postal: Av. Mariscal Ramón Castilla 672 Dpto. 102 Santiago de Surco, Lima 15048, Perú. Correo electrónico: diego.otero@pucp.pe.

## RESUMEN

El presente capítulo expone la pertinencia y las ventajas de un modelo comunitario para la comprensión, atención y prevención de la tortura. Se revisan algunas aproximaciones psicológicas para el acompañamiento a personas víctimas de actos de tortura en Latinoamérica: un enfoque clínico individual, un enfoque longitudinal-transgeneracional y un enfoque psicosocial de derechos humanos. A partir de ello se expone el modelo comunitario, que plantea una dimensión política y ética para la desnaturalización de la violencia y la tortura, como también propone generar procesos de participación y transformación social para el abordaje de la problemática dejada por la tortura, entre los cuales se incluye generar nuevas prácticas y vínculos para hacer frente a las consecuencias de la tortura, pero a su vez propone cuestionar y eliminar los mecanismos de impunidad que la permiten y sostienen. El capítulo se estructura en cuatro secciones. La introducción presenta aspectos conceptuales básicos relacionados a la tortura. En la segunda sección se exponen algunos modelos utilizados para aproximarse al abordaje de la tortura, incluyendo el modelo comunitario propuesto por las autoras. En la tercera sección, a través de casos en Guatemala, México y Perú, se ilustran aspectos básicos del modelo comunitario manejados en instancias de justicia internacional. Finalmente, se concluye con propuestas y desafíos para la comprensión, atención y prevención de la tortura desde el modelo comunitario.

**Palabras clave:** Tortura – Psicología comunitaria – Violencia – Participación – Transformación social.

## ABSTRACT

This chapter examines the pertinence and advantages of the community model for understanding, highlighting and preventing torture. The psychological approaches used in Latin America to treat torture victims include the clinical individual approach, the transgenerational-longitudinal approach, and the psychosocial and human rights approach. Given this, the community model proposes an understanding of the political and ethical dimension for the de-naturalisation of violence and torture. The community model focuses on participation and social transformation to tackle the problems brought forth by torture, including generating new practices and social links to confront consequences of torture, and questioning and eliminating mechanisms of impunity that allow and sustain torture practices. This chapter, which is in four parts, first gives an overview of torture. The second section presents models, including the community model proposed by the authors, to tackle the consequences of torture. The third section illustrates basic aspects of the community model used by international justice organisations in sentences given in Guatemala, Mexico and Peru. Finally, the chapter concludes with some proposals and challenges for understanding, highlighting and preventing torture, viewed through the lens of the community model.

**Key words:** Torture – Community Psychology – Violence – Participation – Social transformation.

# 1 INTRODUCCIÓN

En muchos países latinoamericanos la violencia se distribuye de acuerdo con la geografía, clase y etnia<sup>4</sup>, generando que las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad social sean las principales víctimas de violaciones a sus derechos humanos. Los hechos perpetrados por miembros de la policía y los agentes militares en el marco de conflictos armados ponen en evidencia que la lucha contra la subversión refuerza prácticas autoritarias y represivas.

En el contexto latinoamericano la práctica de tortura aún es un rasgo recurrente de la relación entre el Estado y la sociedad, y la ausencia de mecanismos que actúen para prevenirla, sancionarla y evitar su impunidad contribuye a que se mantenga. La tortura se utiliza masivamente en interrogatorios y en detenciones indebidas; de este modo se convierte a la tortura y a los tratos crueles, inhumanos y degradantes en una de las violaciones más frecuentes de los derechos humanos<sup>5</sup>.

La tortura ha sido definida como “todo acto por el cual se inflige 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”<sup>6</sup>.

La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura agrega a esa definición que la tortura también es entendida como el uso de estrategias sobre una persona con el fin de afectar su personalidad y minimizar sus capacidades físicas o mentales<sup>7</sup>. Desde una mirada social y política, también se identifica como una expresión visible de los sistemas políticos contra los miembros de una sociedad que se oponen a ellos<sup>8</sup>. Entonces, se pone en evidencia que la cabal comprensión del fenómeno incluye un contexto de tortura en la relación directa víctima-perpetrador, caracterizado por las estrategias, el lugar y la relación de poder institucional hacia una persona sometida a esa relación de poder. Se

requiere, entonces, considerar de manera amplia el concepto de tortura no solo para dar cuenta de sus características y manifestaciones, sino de las condiciones sociales que la permiten y la sostienen.

La práctica de tortura deja efectos perdurables en la salud mental, cambia el curso de la vida y la afecta de modo decisivo, generando consecuencias severas para el proyecto de vida presente y futuro. La perspectiva propuesta en este capítulo se distancia de reconocer solo la afectación individual, que ubica el malestar derivado de la tortura en la dimensión de dolor personal, pues reconocemos que las fracturas ocasionadas por la tortura no solo afectan a la persona a nivel físico e intrapsíquico, sino también en su dimensión psicosocial y comunitaria. La dimensión psicosocial plantea el vínculo dinámico entre lo privado y lo público, y la dimensión comunitaria resalta la pertenencia de la persona a un grupo social determinado (con características específicas, con una historia personal y social), pero también con capacidad de participar activamente y de movilizar sus capacidades para actuar y generar cambios en su historia de vida personal, comunitaria y social. En ese sentido, en el modelo comunitario se resaltan las capacidades de las personas para sobreponerse a las condiciones adversas, reconociendo el *continuum* de ser víctima a ejercer su propia agencia, el tránsito de víctimas a ciudadanos<sup>9</sup>.

En este punto es importante considerar que, al crearse conceptos como víctima, refugiado, desplazado o desmovilizado queda pendiente conocer qué significan esos conceptos para las personas portadoras de estas categorías y para su entorno. Estas categorías legales que existen en los instrumentos internacionales identifican y permiten la defensa de sus derechos, pero a su vez las controlan, sustraen subjetividad y las aíslan, lo cual genera relaciones complejas en el interior de sus familias, comunidad y sociedad. Del mismo modo, estas categorías corren el riesgo de contribuir a crear identidades en función a roles subalternos en la sociedad, construyendo una mirada colectiva de un otro “indefenso” y en ocasiones una víctima mercantilizada, reservando el poder hegemónico al “ayudador”<sup>10</sup>. La categoría de víctima, en tanto homogeniza, no permite ver el carácter activo y heterogéneo de las poblaciones. Das (2008) señala que a la víctima se le demanda encajar en lo que el Estado y la sociedad definen como tal. Esta situación limita la capacidad de conocer y entender a las “víctimas” en sus diferencias, lo que se expresa en modos diversos de padecer, pero también de resistir<sup>11</sup>.

En este capítulo se revisan algunos modelos psicológicos de abordaje de la tortura, y con tres casos específicos —elegidos de modo arbitrario— se ilustran algunas líneas de acción de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual se sitúa entre los sistemas de protección internacional actualmente más progresistas pues establece de modo estratégico la necesidad de enfoques más integrados entre el derecho y la psicología, que permitan ubicar el acento en las personas más que en los procedimientos. De este modo será posible comprender las realidades, implicancias y consecuencias de los procesos jurídicos en la historia personal y familiar y en la cultura de la comunidad<sup>12</sup>.

Con este capítulo buscamos contribuir a ampliar la comprensión y lectura crítica del abordaje de la tortura en Latinoamérica, proponiendo un modelo comunitario, que incluye el impacto comunitario que tiene la tortura en una sociedad y los mecanismos sociales que la permiten y la sostienen, como el análisis del contexto, de las condiciones psicosociales a la base de la vulnerabilidad de las víctimas, y de los procesos políticos que muchas veces son fuente del accionar de los perpetradores. Este modelo también incluye la capacidad de respuesta para la organización y participación que tienen las poblaciones para generar cambios.

## 2 MODELOS DE ABORDAJE A VÍCTIMAS DE TORTURA

A continuación se describirán brevemente algunos modelos que permiten acercarse a las propuestas psicológicas más difundidas respecto al abordaje de la tortura.

Se inicia con el tradicional modelo clínico individual, el cual coloca el énfasis en diagnósticos y tratamiento de síntomas. Luego se presenta el modelo longitudinal-transgeneracional, que plantea que las secuelas de la tortura no se quedan solo en las víctimas directas, sino que también aparecen de modo transgeneracional en sus descendientes y proponen la transmisión de un relato significativo de la experiencia vivida. Seguidamente se describe el modelo psicosocial de derechos humanos, que busca incorporar la contextualización de la violencia, el vínculo entre lo privado y lo público y el impacto que genera la situación política en las personas. Finalmente, se plantea el modelo comunitario, que propone un

abordaje más integral, combinando los diferentes elementos planteados y, además, resaltando el rol protagónico y la participación activa de las personas, familias y comunidades para generar procesos de cambio y transformación social.

El modelo *clínico individual* considera a la víctima como aquella persona afectada por un evento traumático, es decir, alguien que sufre las consecuencias de una agresión aguda, física o psicológica de parte de otro ser humano<sup>13</sup>. Se habla de una experiencia traumática asociada con frecuencia a vivencias de caos y confusión, fragmentación del recuerdo, horror y desconcierto, quebrando asunciones básicas que constituyen referentes de seguridad del ser humano como la confianza en los otros y en el carácter controlable y predecible del mundo<sup>14</sup>. Es un abordaje en el que las propuestas enfatizan el análisis de *la relación directa entre el evento traumático y el síntoma*, en las huellas indelebles que puede dejar en la persona, y en las categorías diagnósticas que se puedan elaborar a partir de esos análisis. Algunas investigaciones con personas víctimas de tortura plantean diagnósticos clínicos luego de experiencias de tortura<sup>15</sup>; otras sugieren la existencia de una amplia gama de problemas psicológicos que no encajan con los diagnósticos típicos como el PTSD, la depresión o el “trauma de guerra”<sup>16</sup>.

De hecho, los primeros intentos de estudiar el impacto en la salud mental fueron realizados desde modelos clínicos enfocados en síntomas individuales identificados desde exploraciones clínicas, configurando el “trauma de guerra” y el “síndrome de estrés postraumático” (PTSD) u otros desórdenes relacionados al trauma<sup>17</sup>. En su momento, estas categorías cobraron protagonismo y sugirieron tratamientos universales como medidas terapéuticas clínicas; posteriormente, la literatura ha descrito los debates académicos generados por el uso de estas categorías occidentales para acercarse a otros entornos culturales y sociales, y ha propuesto otros elementos que son claves para la salud mental, como por ejemplo los estresores diarios luego de la experiencia traumática<sup>18</sup>. En ese sentido, el uso de categorías “universales” tiende a medicalizar y patologizar la conducta humana, asignando etiquetas de enfermedad a una escala grande e indiscriminada de respuestas humanas, y propicia que los profesionales de la salud mental vean estas categorías como indispensables<sup>19</sup>, reduciendo de esta manera la problemática a un nivel intrapsíquico.

Lo que nos interesa resaltar es cómo este modelo clínico-individual pone énfasis en el trauma y daño y posterga el escenario social y político que tiene la tortura, las relaciones institucionales y en algunos casos hasta las capacidades que tienen las personas para recuperarse y transformar su realidad de forma activa, buscando su bienestar en sus interacciones y lazos familiares, estableciendo vínculos indispensables en sus vidas<sup>20</sup>.

El segundo modelo *transgeneracional* se suma al anterior, considerando importante graficar el impacto de la tortura de modo longitudinal, es decir, no solo en la persona que recibe directamente esta violencia, sino también en el impacto y los *efectos de la tortura hacia su familia y descendientes*. Desde esta perspectiva, Faúndez, Brackelaire y Cornejo se refieren al trauma transgeneracional desde los relatos familiares fragmentarios y enigmáticos<sup>21</sup>. Los autores sostienen que estos relatos, que incluyen silencios, provocan la producción de imágenes en los descendientes receptores de estas historias. Los/as niños/as completan el relato también desde la carga emotiva que perciben en la narrativa recibida, acciones u omisiones de sus padres, madres o abuelos/as<sup>22</sup>, y sería a partir de la transmisión de la experiencia traumática que las generaciones posteriores intentan comprender y dar sentido a la experiencia. Un reciente estudio realizado con descendientes de mujeres víctimas de violencia sexual demuestra cómo la transmisión del trauma de madres a hijos/as dificulta el desarrollo de la identidad de estos/as, y plantea cómo el soporte social apoya la labor de crianza, desde el compartir experiencias y el fomentar el desarrollo de identidad, confianza y nuevos tejidos sociales<sup>23</sup>.

Se ha encontrado que para las víctimas de tortura resulta difícil reinsertarse a espacios sociales, lo cual repercutiría en las relaciones actuales y futuras con sus familiares o amistades<sup>24</sup>. La resignificación y metabolización del trauma mediante la palabra es el centro de la tarea y del problema de la transmisión generacional del trauma. En ese sentido, Viñar plantea que es necesario generar representaciones que asignen un proceso de significación al relato de la víctima de tortura, que permitan que la experiencia subjetiva pueda ser transmitida e instalada en la cultura<sup>25</sup>.

Sin embargo, también hay investigaciones que plantean la existencia de un crecimiento posterior a las situaciones de trauma vividas, las cuales se dan a partir de una redefinición del sentido de la vida y de una reevaluación de la experiencia traumática, estos son dos elementos que posibilitan crear una nueva narrativa

acerca de lo vivido<sup>26</sup>. Así, este modelo transgeneracional apunta a la elaboración y transmisión de un relato significativo del trauma, recuperando la importancia de la memoria en el desarrollo social y cultural, aunque manteniendo una mirada más particular de la víctima, su entorno e historia familiar.

El tercer modelo es el *psicosocial y de derechos humanos*, cuyo planteamiento inicial radica en cuestionar la identificación de una víctima aislada, y propone extender el análisis de la experiencia de tortura. Se plantea tomar distancia del binomio agresor-víctima y tener una mirada más profunda de los hechos, en los que se incluyan elementos de responsabilidad política. El interés no está en identificar solamente a los responsables directos, sino en evidenciar la negación de los hechos por las instituciones involucradas.

Esta perspectiva psicosocial surge con la finalidad de integrar los aspectos emocionales y los aspectos contextuales, y se nutre de realizar un diagnóstico de necesidades y de fortalecer a las víctimas<sup>27</sup>. Sin embargo, es importante señalar que aún son insuficientes las políticas públicas que incentiven la prevención y la atención a víctimas de tortura. En algunos países, si bien se han promulgado algunas leyes que buscan la reparación de víctimas en educación, salud física y mental, no siempre consideran el contexto o la cultura de la víctima, por lo que sus avances son limitados<sup>28</sup>.

En ese sentido, es necesario contextualizar la tortura para entender tanto las causas como las secuelas psicológicas que deja, ya que la experiencia es vivida de diferente manera según el contexto, el individuo, el grupo étnico, etc.<sup>29</sup>. Si bien la tortura tiene distintas secuelas, y esta, diferentes significados, lo importante es considerar el significado de estas para el sobreviviente de la tortura y el entorno, para desde allí trabajar por la rehabilitación de las víctimas y la prevención y garantía de no repetición.

Especialistas como Pérez-Sales y Navarro proponen observar las consecuencias de la tortura desde una mirada psicosocial, es decir, reconocer que las secuelas de la tortura dependen de la persona, pero también del contexto en el que ocurren<sup>30</sup>. Desde países como Colombia y Guatemala se señala que la tortura genera inhibición social, desesperanza, desconfianza, quiebre en las relaciones de la comunidad, y contribuye a afectar la situación familiar a nivel económico y emocional<sup>31</sup>. En estos casos proponen un modelo psicosocial para la atención que se brinde a las víctimas, sobrevivientes y sus familiares, propuesta que

converge con lo planteado por Méndez, quien reconoce que las personas que rodean a la víctima de tortura también sufren y son víctimas<sup>32</sup>. En ese sentido, la atención psicosocial y la existencia de programas de reparación contribuyen al reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos por parte del Estado, y en consecuencia a la prevención de la tortura, a la rehabilitación de las víctimas y a las garantías de no repetición.

Es importante que los programas de justicia y reparación consideren la perspectiva y la experiencia de la víctima<sup>33</sup>. La participación de la víctima en programas de justicia transicional es una manera de devolver el control de la situación, de disminuir su aislamiento y promover su integración a su comunidad, dando así un significado a su vivencia a través de su participación<sup>34</sup>.

Investigaciones con población no occidental ponen en evidencia la existencia de diferentes formas de reparar el daño causado en época de guerra, y que la concepción de justicia apunta al restablecimiento de vínculos y a la participación en los procesos de reconciliación entre los integrantes de la comunidad, de manera que contribuya a restablecer el lazo social y con ello promover el bienestar<sup>35</sup>.

El modelo psicosocial en algunos casos también puede surgir de la iniciativa de los propios familiares, como ocurrió con las familias que buscaban a sus familiares desaparecidos en Guatemala, donde más tarde el Estado se involucró con la creación de grupos de apoyo y el fortalecimiento de redes entre las víctimas<sup>36</sup>. Sin embargo, se requiere vigilancia respecto a los objetivos de estas iniciativas a fin de que giren en torno a las necesidades de las víctimas y no de las instituciones prestatarias del servicio<sup>37</sup>.

Esta revisión de modelos permite plantear las diferentes perspectivas de trabajo psicológico más relevantes en nuestra región, las cuales pueden también combinarse y ofrecer una comprensión más amplia de la problemática. A continuación se desarrollará el cuarto modelo de abordaje.

### **3 MODELO COMUNITARIO EN EL ABORDAJE DE LA TORTURA**

Una mirada más integral y comprehensiva de la tortura incluye, no solo la afectación física y emocional de las personas, las secuelas longitudinales de la violencia y la

contextualización de esta, sino también la afectación de la identidad, la dignidad y la voluntad de las comunidades. La tortura genera un impacto comunitario, afectando de modo directo el tejido social, los vínculos interpersonales y grupales y las relaciones que establecen las personas con las instituciones de la sociedad. En ese sentido, la participación y movilización de las víctimas para la transformación social es un ángulo clave que el modelo comunitario resalta.

La participación activa de las comunidades en su proceso de transformación social incluye promover la producción de nuevas prácticas y el desarrollo de nuevos métodos originados y co-construidos en la experiencia de la comunidad desde su identidad, voluntad y libertad, para la comprensión, atención y prevención de la tortura.

Como se ha señalado, la tortura es una manifestación de opresión y sometimiento que ejercen los sistemas políticos contra quienes se oponen al sistema<sup>38</sup>, vulnerando la voluntad y libertad de los diferentes grupos humanos. Ya desde el Protocolo de Estambul se adopta esta dimensión de la conceptualización de la tortura, otorgándole carácter político y describiéndola como una práctica generalizada e institucionalizada desde los Estados; en muchos casos, avalada desde diferentes mecanismos de impunidad<sup>39</sup>.

Esta concepción de tortura, que abarca la dimensión política de su utilización, requiere un modelo para la comprensión, atención y prevención que contemple a la sociedad en su conjunto como participante activa en el proceso de cambio, encontrando la participación como un elemento fundamental y central en el modelo propuesto<sup>40</sup>. En ese sentido, el énfasis está en trabajar no solo con las personas afectadas sino con los contextos que avalaron y permitieron tal afectación, y ello supone la participación activa de los diferentes actores, víctimas, testigos, familiares, líderes, etc. La participación es la base de los procesos de movilización y cambio social y acompaña los procesos de búsqueda de justicia y reparación<sup>41</sup>. Lo comunitario incluye los enfoques de derechos humanos, psicosocial, género e interculturalidad<sup>42</sup>, en tanto desde estas perspectivas se puede dar un reconocimiento positivo de la diversidad basado en respeto, inclusión, justicia y equidad.

Así, el modelo comunitario considera algunos componentes claves como la búsqueda de bienestar, definido desde la promoción del buen vivir; el reconocimiento y el establecimiento del vínculo para la transformación social; la

participación comunitaria y el fortalecimiento y protagonismo de la comunidad, así como el trabajo en red y el diálogo interdisciplinario<sup>43</sup>. Se propone trascender de la mirada tolerante del otro hacia una mirada que promueva el intercambio. Mirar al otro a partir de sus diferencias en relación con la manera de ver el mundo, la forma en la que se organiza su sociedad, pero con el fin de ir construyendo puentes con base en las semejanzas, para en conjunto transformar contextos.

Este modelo comunitario reconoce los principios de inclusión y diversidad, fortalecimiento comunitario y participación. Supone promover participación en las comunidades incorporando a la población en los diferentes procesos, creando canales y mecanismos reales de participación. Participar significa tomar parte de una actividad o proceso, con relevancia del proceso en el sistema social y vida comunitaria<sup>44</sup>.

La historia de exclusión, en la cual la mayoría de las poblaciones de los países de Latinoamérica se encuentra, plantea retos en el momento de pensar en la prevención y abordaje de la tortura. Ante ello, el modelo comunitario propone inicialmente un proceso de familiarización<sup>45</sup>, de reconocimiento y construcción de confianza<sup>46</sup>, para luego reconocer y fortalecer el protagonismo de las comunidades, evidenciando las resistencias y recursos que se despliegan. Se propone fortalecer a los actores involucrados en los procesos de justicia transicional mediante un trabajo en red que implica plantear una mirada desde las diferentes disciplinas y actores que la región permita<sup>47</sup>. Por ello, es imprescindible mapear los actores que vienen trabajando con la comunidad (dirigentes, organizaciones comunales, ONG, iglesias, Estado).

En la misma línea, desarrollar un quehacer comunitario con estos grupos humanos es un imperativo ético en la prevención de la tortura y su contexto. Como lo plantea la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) en el Perú, los conflictos armados son fruto de inequidades históricas, donde la relación entre situación de pobreza y exclusión social y la probabilidad de ser víctima de la violencia es notoria y abrumadora<sup>48</sup>. Por eso, este modelo implica también una promoción del buen vivir, valorando los conocimientos previos, así como las diferentes expresiones respecto al malestar y bienestar, y más aún en países como México, Guatemala y Perú, donde existe una tradición de saberes originarios indígenas articulados con prácticas culturales de protesta y resistencia.

Considerando la labor de peritajes e investigaciones ante casos de tortura, este modelo propone que para acercarse mejor al impacto de la guerra se requieren

abordajes interdisciplinarios que ofrezcan mejores pruebas en los juicios. Este trabajo interdisciplinario y colaborativo incluye una cercana coordinación y constante comunicación para el empleo de mejores prácticas y prioridades en el enfoque teórico-crítico y la investigación, así como considerar las diferentes formas en que el malestar y el dolor pueden ser expresados<sup>49</sup>, lo que implica la pérdida, el duelo y el contexto de este, a la par de otros aspectos indispensables como el sentido de comunidad, la pertenencia, la identidad cultural y la propuesta.

En suma, el modelo comunitario para la comprensión, atención y prevención de la tortura debe ser aplicado desde la acción en la modificación de las circunstancias y contextos históricos que la suscitan o la mantienen hasta la labor de investigación, peritaje, búsqueda de justicia, bienestar y transformación en y con la comunidad. Este modelo busca un diálogo entre los saberes, creencias y prácticas tradicionales de las comunidades con los procedimientos y conceptos abstractos, propios de la justicia transicional; el respeto a la diversidad cultural implica profundizar en el sistema afectivo de cada grupo cultural.

## 4 ILUSTRANDO EL MODELO: TRES CASOS DE LATINOAMÉRICA

Con el objetivo de ilustrar cómo funciona este abordaje comunitario, se presentarán tres casos de tortura en Latinoamérica, a fin de ofrecer una comprensión de la experiencia de tortura en la dimensión personal y comunitaria. Los casos han sido deliberadamente escogidos en función del tipo de derechos vulnerados, las circunstancias en que se dieron, la investigación realizada y la forma como se elaboraron y aplicaron las sentencias. Interesa ilustrar que, en Latinoamérica, si bien existen diferencias significativas entre los países, se observan patrones comunes donde persiste la tortura como mecanismo de control y opresión.

Se consideran casos de la CIDH por ser la instancia supranacional de la región que está a la vanguardia de propuestas integrales para la atención de los derechos de las personas víctimas y porque en su accionar recibe casos de vulneración de derechos individuales y colectivos. Así mismo, en las sentencias de esta corte se ha incluido progresivamente la contemplación de las características culturales

de sus demandantes así como la valoración de la agencia de las poblaciones vulneradas, con lo cual ha ofrecido estándares de jurisprudencia para la región que dialogan con el abordaje comunitario. La CIDH en sus sentencias (2004<sup>50</sup>, 2009<sup>51</sup>, 2010<sup>52</sup>, 2014<sup>53</sup>, 2015<sup>54</sup>) y recomendaciones a los países reconoce y plantea algunos aspectos claves como memoria, dignidad, reconocimiento público, acceso a la salud y educación de las víctimas, sus familiares y sus comunidades<sup>55</sup>. Sin embargo, los componentes indígenas de la justicia que enfatizan la restauración de vínculos sociales y del bienestar colectivo aún siguen retando a los conceptos occidentales de la ley<sup>56</sup>.

## 4.1 Caso Rosendo Cantú y Fernández Ortega de México

En el año 2002, Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, a las edades de 25 y 17 años respectivamente, fueron violadas sexualmente por elementos del Ejército mexicano en el estado de Guerrero, México. La CIDH (2010) publicó dos sentencias en las que falló en contra del Estado de México por estos hechos, tomando en consideración que

una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, la Corte concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Fernández Ortega, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (inciso 128)<sup>57</sup>.

A su vez, en la sentencia también se determinó que esta violencia fue perpetrada en un contexto marcado por la pobreza, la discriminación y la denominada violencia institucional castrense.

La CIDH dispuso medidas individuales, familiares, colectivas, estructurales y comunitarias tales como un acto público internacional de reconocimiento de responsabilidad, la creación de un centro comunitario para las mujeres indígenas en el municipio de Ayutla, la reforma de las leyes que fomentan la impunidad en el fuero militar, garantías del acceso pleno a la educación y a la salud para las víctimas, entre otras<sup>58</sup>. Además, estableció parámetros específicos para satisfacer no solo la investigación y el juzgamiento de los hechos, sino también para que la reparación sea efectiva; entre ellas estaba la participación de ambas mujeres, sin generar revictimización, con la adecuada perspectiva de género y etnicidad, entre otros parámetros<sup>59</sup>.

Esta perspectiva de implementación de las sentencias de la CIDH partió del conocimiento de que no existe un mecanismo formal en el país para ello, para lo cual se generaron propuestas concretas para fomentar un cambio estructural que merme las condiciones que propician y ejercen violencia en ciertos sectores de la población. La instalación de siete mesas de trabajo en colaboración con los representantes de las víctimas, para tratar justicia, educación, salud, reformas legislativas, políticas públicas y reparaciones comunitarias, entre otras, es muestra de los planteamientos principales del modelo comunitario.

En suma, este caso plantea cómo la comprensión de la tortura desde un modelo comunitario permite un entendimiento más eficiente de la problemática y plantear acciones que contribuyan a la dignificación y respeto de las víctimas y también a la comprensión, atención y prevención de la tortura. Tanto Valentina como Inés estuvieron en el centro del diseño y ejecución de los programas de reparación dispuestos por la CIDH en respuesta al grave perjuicio cometido contra ellas. Esto muestra cómo la participación juega un rol central en la posibilidad que tienen las víctimas para contribuir a generar procesos reparativos siendo consideradas como actores sociales.

Hay que notar también en este caso que el enfoque de la CIDH busca solucionar la falta de acceso a la justicia, la discriminación y la violencia que enfrentan las mujeres indígenas en las instituciones públicas, la falta de acceso a servicios de salud, los abusos producidos por falta de control civil sobre las Fuerzas Armadas y los obstáculos de los que luchan de forma organizada para defender los derechos de los pueblos indígenas. Así, acorde con el modelo comunitario, considera en

sus sentencias que es necesario atender cuestiones estructurales que pueden atentar contra los derechos humanos y la organización comunitaria al servicio del bienestar colectivo, buscando así ejercer un poder de cambio en el país.

## 4.2 Caso Sepur Zarco de Guatemala

La Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) de Guatemala ha reconocido que la violencia sexual fue una práctica común y sistemática para los integrantes de la fuerza pública del país para afectar y debilitar a la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca<sup>60</sup>. A inicios de 1982, en el Valle de Polochic, se conformó el destacamento militar de Sepur Zarco, responsable de la desaparición y muerte de una multitud de líderes comunitarios. Las esposas de estos líderes asesinados o desaparecidos fueron denominadas “mujeres solas” y obligadas a trabajar en condiciones de esclavitud sexual y doméstica al servicio de los militares del destacamento. Privadas de su libertad, debían lavar, planchar, cocinar y demás labores domésticas, para luego ser abusadas sexualmente, primero por los oficiales de mayor rango, y luego por los de menor rango, de forma sistemática, obligándolas también a ingerir píldoras e inyecciones anticonceptivas<sup>61</sup>.

El 89% de las víctimas de abuso sexual fueron mujeres indígenas; por eso es imprescindible resaltar cómo ciertos grupos culturalmente excluidos o discriminados por su condición, así como comunidades desarticuladas por la desaparición de sus líderes, se encuentran más vulnerables a la violencia y la tortura. El caso presenta una compleja interacción de factores ya que mezcla pobreza, etnicidad, ataque a la familia, poder militar, miedo o terrorismo, entre otros, que es necesario considerar cuando intentamos comprender la experiencia subjetiva de la tortura<sup>62</sup>.

De modo inverso, la capacidad de organización, lucha y acción colectiva de las mujeres que aclamaban la reparación del daño hizo posible la restitución jurídica y marca un antes y un después en la protección y restauración de los derechos de las mujeres frente a la violencia sexual en contextos de conflicto armado interno<sup>63</sup>.

La sentencia en este caso se dictó el 26 de febrero del 2016 e incluyó la tipificación de la violencia sexual perpetrada como un delito de lesa humanidad. Se considera que la sentencia expresa un elemento importante que dialoga con el modelo comunitario,

en tanto se demanda que la reparación se dirija a la comunidad en su conjunto y no solo a las víctimas directas de la violencia sexual, ordenando cinco acciones que se orientan a la recomposición del tejido social y a la reparación del daño. Esto grafica la comprensión de que las consecuencias de los hechos de tortura impactaron a la comunidad en su conjunto y no solo a las mujeres víctimas directas<sup>64</sup>.

Además, este caso pone en evidencia aspectos vinculados a la identidad comunitaria y a la necesidad de resignificar las experiencias vividas, aportando al fortalecimiento comunitario que se refleja en el sentido de comunidad y la identidad colectiva, aspectos claves expresados en el modelo comunitario. Adicionalmente, esta sentencia incide en la mejora del sistema educativo y en el de salud, la infraestructura del lugar, los proyectos culturales de empoderamiento de la mujer y la traducción de la sentencia a los 24 idiomas mayas, siguiendo una perspectiva de inclusión y de participación como pilares de la reparación desde la misma comunidad.

## 4.3 Caso Masacre Santa Bárbara de Perú

Santa Bárbara es una comunidad altoandina del Perú que, como muchas otras comunidades, fue afectada por el conflicto armado interno vivido entre 1980 y 2000. El 2 de julio de 1991 dos patrullas del ejército peruano incursionaron en Santa Bárbara para intervenir a una familia extensa a quienes acusaron de apoyar al PCP-Sendero Luminoso. En la casa familiar en ese momento estaban 2 ancianos, 4 mujeres (una de ellas embarazada), 2 hombres y 7 niños menores de 8 años. Quemaron su casa, robaron sus bienes y animales, asesinaron a todos e hicieron explotar sus cuerpos para desaparecerlos.

Los familiares sobrevivientes han luchado por más de 20 años, y en su búsqueda de justicia han sido acusados de terroristas, encarcelados, torturados y amenazados. Todos ellos han sufrido formas de tortura física y/o psicológica, en relación directa con la desaparición de sus familiares. Como describe la CVR, la mayoría de las violaciones de derechos humanos en el Perú se realizaron contra indígenas quechua-hablantes<sup>65</sup>. A pesar de ello, la mayoría de los procedimientos y regulaciones de justicia en los niveles nacionales no tienen en cuenta este factor de diversidad, motivo por el cual es de nuestro particular interés revisar el accionar de instancias de justicia internacional como la CIDH.

La sentencia del día 21 de noviembre de 2016<sup>66</sup> resuelve, entre otros puntos, respecto del accionar deficiente de la justicia peruana en las acciones de investigación y de respeto a los derechos fundamentales de las víctimas y sus familiares, considerando también el encubrimiento de información fundamental de parte de las Fuerzas Armadas y el exceso de competencia del fuero militar para investigar la violación de derechos humanos. De la misma forma, se consideró como una falta grave la demora de 24 años desde que ocurrieron los hechos hasta el esclarecimiento de lo sucedido y la búsqueda de los desaparecidos, ocultando, de este modo, la verdad a los familiares y a la comunidad, pues se intentó borrar las evidencias. Todas estas conductas generaron a los familiares y a la comunidad un sufrimiento psíquico y moral irreparable.

Esta sentencia pone evidencia el accionar de la estructura judicial y militar del Estado peruano, así como la arbitrariedad en el acceso de la justicia. Esta forma de actuar de la justicia y las fuerzas del orden se soporta en las condiciones de exclusión y desigualdad presentes en el Perú. Así pues, que la CIDH considere esta falencia en el nivel gubernamental permite sostener la necesidad de modelos más comprensivos que consideren el contexto y la violencia estructural detrás de las violaciones de derechos humanos.

Respecto a las reparaciones, entre otras, la sentencia determinó que el sitio donde se destruyeron los cuerpos sea protegido para su preservación, lo que rescata la importancia de sostener en el tiempo un espacio de memoria para la comunidad. Sin duda, existe un impacto a nivel comunitario descrito por los participantes en el peritaje psicológico que permite entender la magnitud del daño causado. La comunidad fue devastada en su conjunto, y a eso se suma la situación de pobreza generada por la masacre, el desmembramiento de las familias y el impacto negativo en su identidad cultural y en el sentido de pertenencia colectiva<sup>67</sup>.

Hasta este punto, mediante los tres casos presentados se pone en evidencia que el acceso a la justicia, desde una perspectiva comunal relacionada a la recuperación del vínculo interpersonal<sup>68</sup>, debe abordar múltiples condiciones y plantear intervenciones que apuntan a un proceso de transformación de las estructuras sociales. En el caso de México, el modelo comunitario se hace evidente mediante la inclusión de las personas víctimas en el proceso de reparación; para Guatemala, el énfasis estuvo en que las reparaciones estuvieran dirigidas a la comunidad en

su conjunto; y en el caso peruano, que se consideren las falencias en la estructura judicial y militar del Estado. Estos episodios muestran que el contexto y la violencia estructural son parte de los mecanismos que sostienen la tortura.

Los casos presentados con sentencias de la CIDH aportan a modelar tanto el proceso judicial mismo como la sentencia en pos de obtener una justicia que devuelva dignidad y agencia a la comunidad afectada y, de este modo, crear mecanismos para la lucha desde la comunidad y de las autoridades de gobierno contra las estructuras y prácticas que posibilitan la tortura y otros tratos degradantes.

En síntesis, los casos presentados con sentencias de la CIDH permiten analizar y cuestionar de manera crítica las condiciones sociales que sostienen la tortura, así como los mecanismos estatales que avalan su impunidad, a partir de la incorporación y participación activa de las víctimas y sus comunidades de cara a generar procesos de movilización y transformación social. Dicho esto, en la siguiente sección se pondrán de manifiesto algunos desafíos del modelo comunitario para comprender y abordar la tortura en Latinoamérica, considerando lo presentado a lo largo de este capítulo.

## 5 DESAFÍOS PARA EL ABORDAJE DE LA TORTURA EN LATINOAMÉRICA: DESARROLLO DEL MODELO COMUNITARIO

La situación de la tortura en Latinoamericana nos plantea la necesidad de medidas urgentes. El carácter institucional, social y cultural de las condiciones en las que se da la tortura plantea desafíos, algunos de carácter histórico, que demandan nuevas perspectivas transformadoras de la sociedad en su conjunto. Se requiere resaltar la dimensión de *lo político y lo ético*, con énfasis en lo relacional y la empatía, pues la tortura aparece como la expresión de la escasa valoración del otro; por eso daña el vínculo y el tejido social.

Adicionalmente, el modelo comunitario discute con una psicología individualista que sitúa la responsabilidad en los individuos perpetradores y no considera cómo desde la sociedad se validan prácticas e instituciones de control y represión que

operan en el no reconocimiento de las personas, de la afectación, y por ende vulneran derechos humanos de las comunidades. No podemos simplemente individualizar las responsabilidades; no se trata de individuos perpetradores, sino de una sociedad que valida y permite la tortura y la violación de los derechos humanos. En este punto, retomamos a Baró cuando interpela al rol de la psicología en Latinoamérica, reclamando que el bagaje psicológico del que disponemos debe dar respuesta a los problemas cruciales de nuestros pueblos, no tanto a explicar el mundo que nos rodea sino a colaborar en su transformación<sup>69</sup>.

El modelo comunitario aporta no solo en la comprensión sino en el quehacer, profundizando en la ruptura de vínculos que conllevan a la tortura, más que en el acto mismo de torturar. En ese sentido, las sentencias que ha dictado la CIDH para los casos expuestos ya dan cuenta de esta comprensión integral, exigiendo medidas de vanguardia; por ejemplo: la participación de Inés y Valentina en el diseño de las propuestas de reparación en el caso de México; para la reparación de la comunidad en su conjunto en el caso de Guatemala y en la mirada crítica al funcionamiento institucional; así como en la receptividad a pericias que incorporan lo psicolegal y el trabajo cooperativo con los miembros de la comunidad para el caso de Perú.

El énfasis solo en las víctimas o solo en los agresores tiende a atomizar el problema, pues no cuestiona el *statu quo* que sostiene dicha violación a los derechos humanos, sino que lo explica y lo reduce a problemas individuales. La patologización de la conducta individual permite que no se cuestione la forma de relación de las instituciones democráticas con la ciudadanía, naturalizándose los problemas estructurales y no estimulándose la toma de conciencia jurídica y política.

Entonces, el modelo comunitario supone una ampliación de la mirada para *ubicar al impacto en un contexto*, identificando otras formas de impacto en la familia y en la comunidad, dando paso a la identificación de manifestaciones culturales del sufrimiento y a propuestas de reparación desde las propias víctimas<sup>70</sup>. Se requiere realizar abordajes, propuestas y programas que se acerquen a las personas, reconociendo su identidad comunitaria, especialmente cuando las víctimas son de comunidades indígenas. Reconocer su identidad implica acercarse a la comprensión de la dimensión holística del daño, es decir, implica *incorporar la cultura, el idioma y las cosmovisiones*, así como las diferentes aproximaciones al bienestar y malestar que tienen las poblaciones.

Se debe trabajar con las víctimas y las comunidades de forma integral, reconociendo su contexto histórico y cultural, y, por ello, maneras diferentes de vivir las afectaciones. En ese sentido, las normas y valores hegemónicos en el mundo occidental no pueden constituir el único modelo para pensar las diferentes culturas y sus complejas relaciones sociales entre ellas. Las diferencias culturales, propias de la heterogeneidad de nuestros países latinoamericanos, nos exigen una comprensión justa y equitativa de dichas diferencias para no reproducir relaciones de poder y exclusión. Las poblaciones indígenas u originarias históricamente han ocupado un rol de marginación y en algunos casos han sufrido una supresión sociocultural institucionalizada. Como lo evidencia un poblador al hacer un análisis respecto a los derechos humanos de las personas de las zonas altoandinas de Ayacucho: “Ojalá algún día aunque sea mis hijos puedan ser reconocidos como peruanos” (Abraham Fernández, Audiencia Pública Huanta, CVR, 2003). Este testimonio revela un deseo de pertenecer a una comunidad política, a un país que les haga ser parte, que acepte y respete las singularidades culturales, pero a la vez lo plantea de cara al futuro.

En este contexto, resulta pertinente considerar el *enfoque participativo* propio del modelo comunitario, el cual propone incluir las propuestas de programas de reparación de las comunidades como políticas públicas. Considerando también que la historia de exclusión en Latinoamérica se encontraría en la base de la violencia ejercida en la lucha política, resulta un imperativo ético la creación de canales y mecanismos para la participación y la toma de conciencia y de poder en la toma de decisiones y la desarticulación de vínculos que crean las condiciones para la práctica social de la tortura. Se trata de un saber-hacer que transforma al sujeto colectivo, al Estado y a las dinámicas sociales y los reconcilia en un quehacer dirigido al bienestar.

El diálogo debe apuntar hacia la *transdisciplinariedad*; no limitarse a una sola perspectiva, sino que debe enriquecerse con diferentes aproximaciones. Trabajar desde el modelo comunitario plantea la complejidad del abordaje inter y transdisciplinario, pero también desmitifica la homogeneidad en la afectación (frente a un mismo hecho, las personas no reaccionan de la misma manera), e identifica diferencias expresadas en la vivencia personal, familiar y comunitaria. En suma, el modelo comunitario apunta a la creación colectiva de un nuevo

conocimiento fundado en la experiencia y que no pretenda cosificar a las personas afectadas ni reglamentar las reparaciones de una única manera.

Son diversos los desafíos para implementar un modelo comunitario. No obstante, son mayores los resultados que se obtienen. Cuando las víctimas y las comunidades participan de los procesos de justicia y reparación, se sienten comprometidas con los procesos de cambio y de no repetición, lo cual permite resarcir el daño generado a nivel comunitario y fortalece la transformación de víctimas a ciudadanos, y más aún en una región como Latinoamérica, donde muchos de los países siguen usando la tortura como mecanismo de opresión y control.

Finalmente, podemos señalar que la conceptualización de la tortura que adopta el modelo comunitario implica entenderla como un mecanismo de acción política, poniendo en agenda la discusión sobre las condiciones socioculturales que hacen posible su accionar. Esto se debe a que la herida dejada por la tortura no solo se vive a nivel individual, sino también a nivel de la familia, la comunidad y la sociedad, por lo que no se puede dejar de considerar esos ámbitos cuando hablamos de reparación y, menos aún, de prevención.

## NOTAS AL PIE

4. K. Theidon, "Justice in transition: The micropolitics of reconciliation in postwar Peru" (*Journal of Conflict Resolution*, Vol. 50, No. 3, 2006), pp. 433-457.
5. Centro de Atención Psicosocial (CAPS), *Estudio piloto sobre las intervenciones psicosociales con personas afectadas por tortura, violencia política y violencia basada en género realizadas por el Centro de Atención Psicosocial (CAPS) en Lima, Huancayo y Ayacucho* (CAPS, Lima, 2016).
6. Committee Against Torture, *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe 1988-2005* (Santiago de Chile, 2005, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>), p. 14.
7. Organization of American States, General Secretariat, *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (1985).
8. P. Pérez-Sales, *Psychological Torture: definition, evaluation and measurement* (Taylor & Francis, Londres, 2017).
9. L. J. Laplante y M. Rivera-Holguín, "The Peruvian Truth Commission's mental health reparations: empowering survivors of political violence to impact public health policy" (*Health and Human Rights*, Vol. 9, No. 2, Rights-Based Approaches to Health, 2006), pp. 136-163.
10. A. Kleinman, V. Das, M. Lock y M. M. Lock (eds.), *Social suffering* (Univ. of California Press, Berkeley, 1997).
11. V. Das, "Trauma y testimonio" (En Francisco Ortega (ed.), *Véena Das: Sujetos del dolor, agentes de dignidad*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2008), pp. 145-170).
12. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio: Aportes psicosociales* (IIDH, San José, 2007).
13. C. Giner, "Aproximación psicológica de la victimología" (*Revista de Derecho y Criminología*, Vol. 1, 2011), pp. 26-54.

14. P. Pérez-Sales y Fernández-Liria, *Violencia y trauma: del trabajo comunitario a la psicoterapia. Guía de procesos y programas integrados* (Irredentos, Madrid, 2016).
15. Z. Steel, T. Chey, D. Silove, C. Marnane, R. A. Bryant y M. Van Ommeren, "Association of torture and other potentially traumatic events with mental health outcomes among populations exposed to mass conflict and displacement: a systematic review and meta-analysis" (*Revista Jama*, Vol. 302, No. 5, 2009), pp. 537-549.
16. A. Williams y J. van der Merwe, "The psychological impact of torture" (*British Journal of Pain*, Vol. 7, No. 2, 2013), pp. 101-106.
17. H. Kienzler, "Debating war-trauma and post-traumatic stress disorder (PTSD) in an interdisciplinary arena" (*Social Science & Medicine*, Vol. 67, No. 2, 2008), pp. 218-227.
18. K. E. Miller y A. Rasmussen, "War experiences, daily stressors and mental health five years on: elaborations and future directions" (*Intervention*, Vol. 12, 2014), pp. 33-42.
19. D. Summerfield, *The impact of war and atrocity on civilian populations. Psychological trauma: A developmental approach* (Overseas Development Institute, Londres, 1997) pp. 148-155.
20. M. Rivera-Holguín y T. Taype, "Encontrando rutas de bienestar: Malestar y búsqueda de ayuda en salud mental en Ayacucho" (En I. Bustamante, M. Rivera-Holguín y L. Matos (eds.), *Violencia y trauma en el Perú*, UPCH, McGill University, Douglas Institute, Lima, disponible en <http://www.bvcedro.org.pe/bitstream/123456789/526/1/3118-DR.pdf>, 2013), pp. 94-104.
21. X. Faúndez, J. Brackelaire y M. Cornejo, "Transgeneracionalidad del Trauma Psicosocial: Imágenes de la Detención de Presos Políticos de la Dictadura Militar Chilena Reconstruidas por los Nietos" (*Psyche*, Vol. 22, No. 2, 2013), pp. 83-95 <http://dx.doi.org/10.7764/psyche.22.2.563>.
22. K. Theidon, *Entre prójimos. Micropolíticas de Reconciliación en el Perú* (IEP, Lima, 2004).
23. M. Kagoyire y A. Richters, "We are the memory representation of our parents': Intergenerational legacies of genocide among descendants of rape survivors in Rwanda" (*Torture*, Vol. 28, No. 3, 2018), pp. 30-45.
24. E. Iosa, T. Iosa, M. Lucchese, M. Burrone, R. Alvarado, E. Valencia y R. Fernández, "Transmisión transgeneracional del trauma psicosocial en comunidades indígenas de Argentina: percepción del daño en el pasado y presente y acciones autoreparatorias" (*Cadernos Saúde Coletiva*, Vol. 21, No. 1, 2013), pp. 85-91.
25. M. Viñar, "El enigma del traumatismo extremo: Notas sobre el trauma y la exclusión. Su impacto en la subjetividad" (*Revista Uruguaya de Psicoanálisis*, Vol. 113, 2011, ISSN 1688-7247, disponible en <http://www.apuruguay.org/apurevista/2010/16887247201111304.pdf>), pp. 55-66.
26. M. Cárdenas-Castro, X. Faúndez-Abarca, H. Arancibia-Martini y C. Ceruti-Mahn, "The relationship between posttraumatic growth and psychosocial variables in survivors of state terrorism and their relatives" (*Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 00, No. 0), pp. 1-20. <https://doi.org/10.1177/0886260517727494>.
27. M. Stornaiuolo, R. Chauca y N. Baca, "Acompañamiento psicosocial en procesos de investigación antropológica forense en Perú" (En P. Pérez-Sales y S. Navarro (eds.), *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en procesos de exhumaciones*, Gedisa, Barcelona, 2007), pp. 92-112.
28. Centro de Atención Psicosocial (CAPS), *op. cit.*
29. A. Williams y J. van der Merwe, *op. cit.*
30. P. Pérez-Sales y S. Navarro (eds.), *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en procesos de exhumaciones* (Gedisa, Barcelona, 2007).
31. L. Parra, "El apoyo psicosocial posconflicto en Guatemala" (*Revista Análisis de la Realidad Nacional*, Vol. 3, No. 50, 2014), pp. 44-52. U. Hofmeister y S. Navarro, "A psychosocial approach in humanitarian forensic action: The Latin American perspective" (*Forensic Science International*, Vol. 280, 2017), pp. 35-43. Movimiento de Víctimas y Movimiento de Derechos Humanos en Colombia, *Propuestas mínimas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición* (disponible en <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/propuestas-VJR-federico.pdf>, 2013).
32. J. E. Méndez, "Victims as Protagonists in Transitional Justice" (*International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016), pp. 1-5.
33. V. Nesiha, *Transitional Justice Practice: Looking Back, Moving Forward* (Impunity Watch, Guatemala, 2016).
34. M. Rivera-Holguín, P. Pérez-Sales, A. Hildenbrand, E. Custodio, G. Vargas, N. Baca, J. Corveleyn y L. De Haene, *Psychosocial and community assessment to family members of victims of enforced disappearance and extreme violence in Peru: Informing international courts of human rights. Torture Journal 29(1) 2019*. D. Taylor, *Victim Participation in Transitional Justice Mechanisms: Real Power or Empty Ritual? Impunity Watch* (Impunity Watch, Guatemala, 2014).
35. J. Ansión, A. Peña, M. Rivera-Holguín y A. Villacorta (eds.), *Justicia intercultural y bienestar emocional. Restableciendo Vínculos* (Fondo Editorial PUCP, Lima, 2017), K. Theidon, "Justice in transition: The micropolitics of reconciliation in postwar Peru" (*Journal of Conflict Resolution*, Vol. 50, No. 3, 2006), pp. 433-457.
36. S. Navarro, F. Kernjak, Y. Chalín, E. Pedraza, S. Conos, A. L. García Lancerio y F. Reyes, "Guatemala. Veinte años de exhumaciones: un largo camino de aprendizajes" (En P. Pérez-Sales y S. Navarro García, *Resistencias contra el olvido. Trabajo psicosocial en procesos de exhumaciones en América Latina*, Gedisa, Barcelona, 2007).

37. L. Parra, *op. cit.*
38. P. Pérez-Sales, *op. cit.*
39. Centro de Atención Psicosocial (CAPS), *op. cit.*
40. T. Velázquez, M. Rivera-Holguín y R. Morote, “Disaster and post disasters: Lessons and challenges for Community Psychology” (En M. A. Bond, I. Serrano-García y C. B. Keys (eds.), *APA Handbook of Community Psychology, Vol. 2. Methods for Community Research and Action for Diverse Groups and Issues*, American Psychological Association, 2017, disponible en <http://www.apa.org/pubs/books/4311524.aspx?tab=2>).
41. L. J. Laplante y M. Rivera-Holguín, *op. cit.*
42. Grupo de Trabajo de Salud Mental (GTSM), *Salud Mental Comunitaria en el Perú: aportes temáticos para el trabajo con poblaciones* (Ministerio de Salud y Proyecto AMARES, Lima, 2006). Rivera-Holguín, M. y Velázquez, T., “Modelo de salud mental comunitaria” (En M. Rivera-Holguín y G. Vargas (eds.), *Salud mental comunitaria: miradas y diálogos que nos transforman*, Grupo de Trabajo de Salud Mental-CNDH y URSPSI PUCP, Lima, 2017, disponible en <https://www.scribd.com/document/365204331/2017-GTSM-Encuentros-de-Salud-Mental>).
43. M. Rivera-Holguín, T. Velázquez y R. Morote, “A post disaster capacity building model in Peru” (*Intervention Journal*, Vol. 1, No. 1, 2016), pp. 4-17. [http://www.interventionjournal.com/sites/default/files/A\\_post\\_disaster\\_capacity\\_building\\_model\\_in\\_Peru.2.pdf](http://www.interventionjournal.com/sites/default/files/A_post_disaster_capacity_building_model_in_Peru.2.pdf); T. Velázquez, M. Rivera-Holguín y E. Custodio, “Aportes y reflexiones de la formación en psicología comunitaria PUCP en tres regiones del Perú” (*Revista de Psicología de la PUCP*, Vol. 35, No. 1, 2017, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/psicologia/article/view/16099>), pp. 193-224.
44. T. Velázquez, M. Rivera-Holguín y R. Morote, *op. cit.*
45. M. Montero, *Introducción a la psicología comunitaria* (Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004).
46. M. Rivera-Holguín, T. Velázquez, E. Custodio y J. Corveleyn, “Improving community mental health services for people affected by political violence in Ayacucho, Perú” (*Journal of Prevention & Intervention in the Community*, Vol. 46, No. 1, 2018), pp. 100-112.
47. M. Rivera-Holguín, T. Velázquez y R. Morote, *op. cit.*
48. Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final* (CVR, Lima, 2003), Cap. VI, pp. 183-261.
49. V. Das, *op. cit.* M. Rivera-Holguín, P. Pérez-Sales, A. Hildenbrand, E. Custodio, G. Vargas, N. Baca, J. Corveleyn y L. De Haene, *op. cit.*
50. Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia 29 abril 2004. Serie C. No. 105 (2004).
51. Corte IDH, Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24 noviembre 2009. Serie C. No. 211 (2009).
52. Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 agosto 2010. Serie C No. 215 (2010). Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 agosto 2010. Serie C No. 216 (2010).
53. Corte IDH, Caso Norin Catriman y otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 mayo 2014. Serie C. No. 279 (2014).
54. Corte IDH, Caso Comunidad Campesina de Santa Barbara vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 1 septiembre 2015. Serie C. No. 299 (2015).
55. M. Rivera-Holguín, P. Pérez-Sales, A. Hildenbrand, E. Custodio, G. Vargas, N. Baca, J. Corveleyn y L. De Haene, *op. cit.*
56. M. Rivera-Holguín y Velázquez, *op. cit.*
57. 2010 Serie C No. 215 y 216 [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=338&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es) y [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=339](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339)
58. Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan, *Informe XVIII Junio 2011 – Mayo 2012. Desde el grito más hondo y digno* (México, 2012).
59. Ídem.
60. Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala memoria del silencio* (Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala, 1999).
61. J. Ríos y R. Brocate, “Violencia sexual como crimen de lesa humanidad: los casos de Guatemala y Perú” (*Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Vol. 117, 2017), pp. 79-99. ISSN:1133-6595.
62. P. Pérez-Sales y M. Zraly, “From sexualized torture and gender-based torture to genderized torture: The urgent need for a conceptual evolution” (*Torture*, Vol. 28, No. 3, 2018), pp. 1-13.
63. J. Ríos y R. Brocate, *op. cit.*
64. Ídem.
65. Comisión de la Verdad y Reconciliación, *op. cit.*
66. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_324\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_324_esp.pdf).
67. M. Rivera-Holguín, P. Pérez-Sales, A. Hildenbrand, E. Custodio, G. Vargas, N. Baca, J. Corveleyn y L. De Haene, *op. cit.*
68. J. Ansión, A. Peña, M. Rivera-Holguín y A. Villacorta, *op. cit.*
69. I. Martín-Baró, “Hacia una psicología de la liberación” (*Psicología sin fronteras: revista electrónica de intervención psicosocial y psicología comunitaria*, Vol. 1, No. 2, 2006), p. 1.
70. M. Rivera-Holguín, P. Pérez-Sales, A. Hildenbrand, E. Custodio, G. Vargas, N. Baca, J. Corveleyn y L. De Haene, *op. cit.*



Tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional llegó al consenso de que la prohibición de la tortura debía ser absoluta. La imposición deliberada de dolor físico o psicológico sobre un ser humano para extraer información o para castigar, por cualquier razón, recibió condena moral y repudio universal. Además de ser la tortura una práctica inhumana, la evidencia revela que la información o las confesiones obtenidas mediante su uso contra un individuo rara vez eran confiables.

Lamentablemente, a pesar de las protecciones legales creadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura e incluso el derecho interno, existe una amplia aceptación de tal conducta en muchas naciones del mundo. Fuerzas policiales y de seguridad recurren al maltrato coercitivo de detenidos sin enfrentar consecuencia alguna en los tribunales de justicia. La capacitación de fiscales, abogados, jueces y expertos forenses para reconocer los signos de tortura e invocar el derecho internacional, así como otros mecanismos legales para poner fin a una grave violación de los derechos humanos, es un trabajo vital.

Este libro reúne a varios especialistas que han trabajado en América Latina para compartir sus reflexiones, esperanzas y preocupaciones sobre los niveles en que el abuso de poder quebranta nuestras sociedades.

Quienes contribuyen a este libro dignamente expresan la imperante necesidad de reafirmar la prohibición universal de la tortura. Sé que ustedes también lo harán.

**Baronesa Helena Kennedy QC**



Universidad  
**Externado**  
de Colombia

**Autores:**

**Andra** Nicolescu

**Diego** Otero-Oyague

**Edgar** Hassan

**Fabio** de Sa e Silva

**Gaia** Pergolo

**Juan E.** Méndez

**Juan** Morey

**Miguel** Sarre

**Miryam** Rivera-Holguín

**Paulina** Zamorano Valenzuela

**Rafael** Barreto Souza

**Tesania** Velázquez