

Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y la regulación en el derecho español. *Mejor prevenir que castigar*

Autora: *Silvina Ribotta*¹

Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

La tortura es incompatible con los modelos de Estado de Derecho democráticos modernos y está condenada por toda la legislación internacional de derechos humanos. Pese a ello, se sigue practicando y justificando, lo que prueba que la lucha contra la tortura todavía tiene que llevarse a cabo en todos los escenarios, especialmente en el ámbito de la prevención, de la sensibilización y de la educación. Ese es el arduo

¹ Silvina Ribotta, Profesora de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: silvina.ribotta@uc3m.es. Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos", CSD2008-00007 y de las Ayudas para Jóvenes Investigadores de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos. Agradezco los consejos de los profesores Fernando Mariño Menéndez y Ana María Manero Salvador y la invitación que me realiza la Dirección General de Policía y Guardia Civil de España para explicar este tema desde hace varios años en sus cursos para Inspectores Jefes de Policía y de ascenso a Comisario.

camino que emprende el Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, un instrumento innovador que pretende evitar los actos de tortura, abordando la cuestión desde una estrategia completamente diferente a la Convención. En el presente artículo voy a explicar en qué consiste el Protocolo abordando las últimas novedades sobre el Mecanismo Nacional español de prevención de la tortura.

Palabras clave: tortura, prevención de la tortura, Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Subcomité para la Prevención de la Tortura, Mecanismo Nacional español de prevención de la tortura.

Abstract

Torture is incompatible with the modern democratic rule of law state and is condemned by International Human Rights Law. However, it is still practiced and justified. This shows that the fight against torture has yet to be carried out in different scenarios. One of them is the area of prevention, outreach and education. And this is precisely the arduous path that the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment has to take. The Optional Protocol is an innovative tool that aims to prevent acts of torture, approaching the issue using a completely different strategy than the one followed by the Convention. In this article I will explain what the Optional Protocol is, especially explaining the latest developments of the Spanish National Preventive Mechanism of Torture.

Key words: torture, prevention of torture, Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Subcommittee on Prevention of Torture, Spanish National Preventive Mechanism of Torture.

Recibido: 03.05.2011

Aceptado: 07.06.2011

I. Introducción

Mejor prevenir que castigar resume el espíritu central de las reflexiones que presento y que, en definitiva, vienen a trasladar el objetivo del Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptado el 18 de diciembre de 2002 por la Asamblea General de Naciones Uni-

das y que entró en vigor el 22 de junio de 2006. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en adelante el Protocolo, es un instrumento innovador para evitar y reducir los actos de tortura, abordando la cuestión desde una estrategia completamente diferente a la Convención; ya que hace hincapié en la prevención combinando organismos internacionales y nacionales. *Prevenir es mejor que condenar* es una buena forma de condensar la filosofía del Protocolo, que por un camino complementario pero diferente a la Convención, persigue adoptar nuevas y diferentes medidas preventivas para poder, realmente, acabar con la tortura en todas sus formas y manifestaciones.

En lo que sigue, voy a justificar y defender las potencialidades que tiene el Protocolo en la lucha contra toda forma de tortura, especialmente en la prevención de la misma. Para ello, partiendo de un marco conceptual y crítico respecto a la tortura y a sus prácticas actuales, explicaré en qué consiste el Protocolo, cuáles son las instituciones más relevantes que prevé y como están compuestas tanto en el ámbito internacional como en el ámbito del Estado español abordando las últimas novedades al respecto sobre el Mecanismo Nacional español. Señalaré las exigencias que el Protocolo establece a todas las autoridades públicas respecto a las formas de detención de personas y el alcance que el Protocolo le otorga a los mecanismos internacional y nacional como órganos de control y prevención frente a posibles casos de tortura o otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, deteniéndome brevemente en los antecedentes de la metodología que el Protocolo implica, el sistema de visitas, y su impacto en la prevención de la tortura. Por último, antes de unas reflexiones finales, comentaré el rol de la sociedad civil y de las ONG's en la lucha contra la tortura y en la prevención de la misma, y las actuales proyecciones del Mecanismo Nacional español de Prevención de la tortura.

II. Sobre la tortura y la prevención de la tortura

Parece increíble que a estas alturas del siglo XXI tengamos que seguir reflexionando y argumentando en contra de la tortura, que todavía haya personas y hasta gobiernos que la justifican mediante medidas jurídicas o políticas y que, aunque está prohibida formalmente en la mayoría de las legislaciones, se sigue practicando dentro de muchos países de manera sistemática o fuera de sus fronteras trasladando los detenidos de manera oculta hasta los países que la permiten². Y, más aún, que existan países que todavía la practican de manera legal dentro sus legislaciones, como

² Según el Informe 2010 de Amnistía Internacional sobre El estado de los derechos humanos en el mundo, durante el 2009 hubo 61 países en los que los responsables de actos de tortura gozaron de impunidad y en al menos 111 países hubo personas torturadas o sometidas a malos tratos durante el interrogatorio. Véase también VILLÁN DURÁN, Carlos, "La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales" en La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos (núm. 7, Ararteko-Vitoria, 2004) 33-115.

Israel³ o Estados Unidos⁴. También en España hay denuncias y procesamientos por casos de tortura y no son casos aislados⁵. La lucha contra la tortura, por consiguien-

³ La Corte Suprema de Justicia de Israel legitimó los interrogatorios coercitivos a partir una sentencia en 1996. Y, aunque la Ley Penal israelí de 1977 prohibía la tortura, en 1987 la Comisión Judicial Landau aprobó la disposición sobre la *defensa necesaria* permitiendo las *presiones psicológicas y físicas moderadas* para obtener evidencias condenatorias en los procedimientos por causas criminales. Especialmente, entendiendo que las tácticas coercitivas en los interrogatorios son *necesarias* porque resultan *útiles* para enfrentarse a *una actividad terrorista hostil*, a partir de amenazas o actos y a todas las otras expresiones del nacionalismo palestino. En 1999 Israel modifica su legislación pero sigue dejando un resquicio legal para la tortura; ya que los interrogadores pueden usar la tortura y eludir el procesamiento acogiéndose a la eximente de *necesidad* como defensa posterior a los hechos. Igualmente, el Tribunal Supremo israelí afirmó en el mismo año que si se considera que los medios de presión, *sean los que sean*, no influyen en el interrogatorio, no se podrá decir que la confesión ha sido el resultado del uso de medios inapropiados. Y aseguraba que los funcionarios de seguridad no tenían autoridad legal para usar en los interrogatorios medidas físicas que no fueran *razonables y justas*, pero si emplean una *presión física* prohibida pueden evitar la responsabilidad criminal si demuestran que actuaban *en circunstancias apropiadas*. Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe 2010 Amnistía Internacional. El Estado de los derechos humanos en el mundo, concretamente 248; e Israel y los Territorios Palestinos Ocupados: Son necesarias medidas urgentes para resolver los motivos de preocupación del Comité contra la Tortura de la ONU (MDE 15/019/2009).

⁴ Especialmente por la ley *Military Commissions Act of 2006* de USA firmada por el ex-presidente Bush el 17 de Octubre 2006 y el *Documento sobre la Estrategia de Defensa Nacional* redactado en marzo 2005 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos. Tampoco se puede olvidar, entre otras cosas, las prácticas realizadas en la cárcel de Guantánamo y Abu Ghraib. Y aunque el presidente Obama prometió cerrar Guantánamo antes del 22 de enero de 2010, todavía continúan presos 172 “combatientes ilegales” pertenecientes a 24 países diferentes. Mientras se escribe este artículo acaban de salir a la luz a través de Wikileaks 759 informes secretos que desnudan prácticas de torturas y malos tratos que se realizan en Guantánamo. Se siguen conociendo, también, nuevos datos sobre torturas y malos tratos a personas detenidas en el marco del programa de detenciones secretas de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), suspendido por Obama. Y son muchas las denuncias de torturas a inmigrantes en la zona fronteriza con México y a especiales colectivos como mujeres, inmigrantes, afroamericanos, personas con discapacidad y niños. Véase los Informes de Amnistía Internacional: Informe 2010 Amnistía Internacional. El Estado de los derechos humanos en el mundo, especialmente 182-185 y Estados Unidos de América: La promesa de un cambio real. Las órdenes ejecutivas del presidente Obama sobre detenciones e interrogatorios, AMR5101509-6572, 2009. Igualmente, LA TORRE, Massimo, “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades* (Nº 17, Época II, junio 2007) 71-87; DANNER, Mark, “Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror”, *New York Review of Books* (New York, 2004), 108-115; DERSHOWITZ, Alan, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Hew Haven, Yale University Press, 2002; KREIMER, Seth, “Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* (Vol. 6, 2003), 278-325 y WALDRON, Jeremy, “Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review* (Vol. 105, Nº 6, octubre 2005), 1681-1750. Sobre el Protocolo que nos ocupa, Estados Unidos de América votó en contra, al igual que Nigeria, las Islas Marshall y Palau, mientras la Resolución se aprobó con 127 votos a favor y 42 abstenciones. Véase NAGAN, Winston, “The Optional Protocol to the Convention against Torture” en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Madrid, Iustel, 2009, 81-98.

⁵ Sobre la situación en España, pueden consultarse los informes de Amnistía Internacional sobre el tema: *More rights, but the obstacles remain*, EUR 41/006/2006; España y Marruecos: falta de protección de los derechos de las personas migrantes. Ceuta y Melilla un año después, EUR 41/009/2006; España. Sal en la herida. La impunidad efectiva de los agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos, EUR 41/006/2007; España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación, EUR 41/001/2009; España: Sal en la herida. Impunidad policial dos años después, EUR 41/010/2009; Spain: Briefing to the Committee against Torture, EUR 41/004/2009 y, especialmente, el Informe 2010 Amnistía Internacional. El Estado de los derechos humanos en el mundo. El Informe anual de la Fiscalía General del Estado revela que durante el 2009 se presentaron más de 230 denuncias de tortura y otros malos tratos a manos de funcionarios encargados

te, tiene que llevarse a cabo en todos los escenarios, aunque quizá uno de los más relevantes sea el ámbito de la prevención, de la concienciación, de la sensibilización y de la educación. Y ese es el arduo camino que emprende el Protocolo, y más en nuestros contemporáneos contextos internacionales donde la seguridad pone en entredicho a la libertad, a la democracia y al Estado de Derecho.

Es más, en los actuales escenarios socio-políticos parece haberse producido un profundo cambio de paradigma después del 11 de septiembre de 2001 que implica una vuelta, un retroceso importante y dramático en el debate de la filosofía política y del derecho. Antes del 11 de septiembre estábamos todavía dentro de una concepción del derecho que minimizaba su lado coactivo y que, en cierta medida, al menos, expulsaba la violencia y la fuerza del contexto arquetípico de la experiencia jurídica. Puestos en el cruce entre hechos y normas, entre facticidad y validez, los juristas, apunta La Torre, parecían elegir las normas y la validez, y éstas se reconceptualizaban con referencia a principios, razones, argumentos⁶. El derecho se legitimaba como argumentación y discurso, pero no como coacción. Actualmente, en cambio, hay un retorno a la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales y legitimadores del derecho.

Sin embargo, la tortura representa la manifestación más extrema y desagradable del poder del hombre sobre otros hombres, la disposición máxima del cuerpo, de la vida y de la integridad de otro ser humano al que cosifica y deshumaniza por completo⁷. Representa el poder absoluto sobre la vida y la muerte de otros y sobre las posibi-

de hacer cumplir la ley. Es alarmante también la situación de niños y niñas que residen en centros de protección de menores, donde hubo denuncias de abandono, medicación forzada, uso excesivo de la fuerza y abusos psicológicos y físicos por parte del personal de estos centros que también aparecen reflejadas en los Informes del Defensor del Pueblo español de 2008 y 2009. Flagrante es también la situación que se vive en los centros de internamiento de extranjeros sobre los que llamó la atención a España el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en diferentes oportunidades, sobre el trato recibido y las condiciones de detención de personas que sólo han violado una norma administrativa. Véase CEBADA ROMERO, Alicia, "El Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y los centros de internamiento de extranjeros en España" en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, citado, 196-221, especialmente desde 212 y ss.

⁶ LA TORRE, Massimo, "La teoría del derecho de la tortura", citado, 72-73. En sentido similar se pronuncia Ferrajoli cuando critica el nivel al que ha descendido el sentido del derecho y de los derechos, por ejemplo en los debates en la prensa y en la academia norteamericana, a raíz de los interrogatorios en Guantánamo, sobre la posibilidad de aplicar tortura. En Italia ha sucedido algo similar, señala, a partir de las vejaciones y persecuciones de la policía a cientos de jóvenes en las manifestaciones masivas contra las reuniones del G-8, en marzo en Nápoles y en julio en Génova, ambos de 2001. FERRAJOLI, Luigi, "Las libertades en el tiempo del neoliberalismo" en *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, 116.

⁷ Para ampliar los debates conceptuales sobre tortura, véase CLUCAS, Bev, JOHNSTONE, Gerry and WARD, Tony (edit.), *Torture: Moral Absolutes and Ambiguities*, Baden-Baden, Nomos, 2009; DAVIS, Michael, "The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading, Treatment", *International Journal of Applied Philosophy* (Vol. 19, Nº 2, 2005), 161-178; FORNER, Juan Pablo, *Discurso sobre la tortura*, Barcelona, Ed. Crítica, 1990; LUKES, Steven, "Liberal Democratic Torture", *British Journal of Political Science* (Vol. 36, 2006), 1-16 y "Torture and Liberal Democracy: Response to Levey", *British Journal of Political Science* (27, 3, 2007), 571-572; MELLOR, Alec, *La Tortura*, Barcelona, Ed. Estela, 1964; NAGEL, Thomas, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 3, No. 2, April 2005), 113-147; PETERS, Eduard, *La Tortura*, Madrid, Alianza, 1985; SAVATER, Fernando y MARTÍNEZ FRESNEDA, Gon-

lidades del sufrimiento. Es, en definitiva, la negación misma del Estado de Derecho y de la democracia, al menos si reconocemos que para definir un Estado de Derecho Democrático es imprescindible no sólo tener imperio de la ley, legalidad de la administración y separación de poderes, sino también respeto por los derechos humanos⁸. La tortura, por lo tanto, es incompatible con los modelos de Estado de Derecho democráticos modernos y está condenada por toda la legislación internacional de derechos humanos. Pese a ello, se sigue practicando y justificando, esencialmente porque está eliminada de la mirada pública en un doble sentido, como considera Ferrajoli⁹. Primero, porque se consume en secreto y, segundo, porque no es objeto de discusiones teóricas ni políticas ni tampoco, generalmente, objeto del debate ciudadano. El que se consume en secreto implica varios niveles de secretismo, desde el que conlleva la misma ocultación de la mirada pública de las instituciones de detención, cuyos cercos de seguridad son verdaderas barreras no sólo para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, sino también para que la ciudadanía y los poderes públicos controlen lo que ocurre dentro de esas paredes. A la vez, la tortura implica secreto en la negación que hacen sobre ella los mismos torturadores a través de la utilización de diferentes eufemismos para ocultar que lo que se está practicando es tortura. Así, es común encontrarnos que lo que ha sucedido no son actos de tortura sino *excesos en el uso del poder, utilización de medios acordes con el ataque, resistencia del detenido o interno, situaciones de stress del personal policial o penitenciario, exageraciones de los detenidos, abusos o simples abusos, técnicas de interrogatorios, presiones, lesiones normales de la detención, legítima defensa o estados de necesidad*, etc. A la vez, cuando se califican estos actos como actos de tortura, suele ser común también escuchar el reproche de que *se está usando el concepto de tortura en sentido amplio* o que *tortura es sólo la que se practica en las dictaduras*. Todo ello, obviamente, rodeado de la situación de impunidad general que gozan los que practican actos de tortura; ya que la tortura practicada por las autoridades estatales simboliza la clara diferencia y asimetría que existe entre Derecho y crimen, entre Estado y terrorismo. Son precisamente las autoridades de un Estado de Derecho democrático las que *no pueden ni deben* actuar de la misma manera que *una banda de ladrones*¹⁰. Nunca. No hay excepciones ni

zalo, Teoría y presencia de la tortura en España, Barcelona, Anagrama, 1982; WALDRON, Jeremy, Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House, Oxford, Oxford University Press, 2010; YOO, John, The Powers of War and Peace, Chicago, University of Chicago Press, 2005 y War by Other Means, New York, Atlantic Press, 2006.

⁸ Véase DÍAZ, Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus, 1998, 29-55 y 101-129 y "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema* (125, 1995), 5-22.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris. Una teoría del diritto e della democrazia, Roma, Laterza, 2007.

¹⁰ La diferencia entre la comunidad jurídica que es el Estado y una banda de ladrones ya es discutida por Agustín de Hipona en su *Civitas Dei*, IV, 4, como nos recuerda Kelsen en su *Teoría pura del derecho*. Distinguiendo Kelsen entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo del acto en cuestión, señala que no hay diferencias entre la orden del derecho y la del ladrón en el sentido subjetivo del acto ordenado, como la conducta debida. La diferencia radica en el sentido objetivo de la orden que un sujeto dirige a otro; ya que le damos a la orden del órgano jurídico el sentido objetivo de una norma obligatoria para el receptor, interpretándola como

situaciones que lo permitan o lo justifiquen, tal como claramente establece la Convención contra la Tortura en el artículo 2.2, donde advierte que *en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura*. No se aplica la ley del talión ni se les debe permitir a quienes representan la administración de justicia o aplicación de las normas de un Estado de Derecho democrático la utilización de prácticas de tortura, bajo ninguna circunstancia. En la lucha contra la tortura no existen condiciones excepcionales ni equiparación de prácticas con las que utilizan los sujetos a quienes se está interrogando ni, tampoco, prima la vida o integridad física de unos por encima de la vida o integridad física de otros¹¹. Y, por supuesto, hay que ser contundentes, y de acuerdo a toda la legislación internacional, asumir que no hay un concepto amplio de tortura a diferencia de un concepto restringido y que lo que es inconcebible en términos de justicia es que se practique tortura (y se justifique hacerlo) en escenarios de Estados de Derecho democráticos.

La letra del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que es a quien remite el Protocolo, es clara y no deja lugar a dudas, cuando afirma que se entiende por tortura *todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o 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*. Y aclara que no se consideran tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia *únicamente* de sanciones *legítimas*, o que sean *inherentes o incidentales* con éstas¹². En dicho artículo, la tortura es conceptualizada, entonces, desde una idea de culpabilidad que implica intencionalidad y/o responsabilidad en el agente, ya que la acción puede ser realizada directamente por él o a instigación suya o

una norma objetivamente válida y vinculamos el incumplimiento de la misma con el acto coactivo. La cuestión radica, en todo caso, en cuál es el fundamento de validez de la norma que consideramos sentido objetivo de ese acto, cuándo y cómo un acto es productor de normas objetivamente válidas y reconocemos a los hombres que la producen como autoridad constituyente. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. por Vernengo, 2da edición, México, UNAM, 1982, 57-63.

¹¹ Esta cuestión se vincula con la discusión ética sobre los casos trágicos respecto al dilema de si es moralmente correcto sacrificar/torturar/dañar a una o varias personas para salvar a otras, que conduce directamente al tema de la dignidad, al trato instrumental de las personas y a la llamada *importancia de los números*. Consulte GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?" en BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, 13-58. SANDERS, John, "Why the Numbers Should Sometimes Count", *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 17, Nº 1, 1988), 3-14 y TAUREK, John, "Should the Numbers Count?", *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 6, Nº 4, 1977), 293-316.

¹² La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Fue ratificada por España el 21 de octubre del 1987.

con su consentimiento o aquiescencia. Desde una acción típica definida de manera genérica a través del contenido de la acción y de la finalidad que persigue infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, realizados con la finalidad de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o intimidar o coaccionar a esa persona o a otras o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Y, siempre que sea realizada por un sujeto específico: por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Es el sujeto activo un elemento conceptualmente imprescindible para la calificación jurídica de tortura, que aunque está definido de manera genérica, excluye al ciudadano particular e incluye a cualquier funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas, porque es precisamente el ámbito de lo público el escenario que califica la acción como tortura¹³.

Anteriormente, el 9 de diciembre de 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado una Declaración en la que condenaba todo acto de tortura o cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante calificándolo como una ofensa a la dignidad humana. El artículo 1 de la Declaración contra la tortura es muy similar al que hemos analizado de la Convención, sólo que hace un agregado muy relevante y oportuno respecto a que no se considerará tortura las penas o sufrimientos que sólo sean consecuencia de la privación legítima de la libertad, o que sean inherentes o incidentales a ésta, *en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*¹⁴. El objeto de dichas Reglas Mínimas era establecer los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos¹⁵. Lamentablemente, estas reglas que Naciones Unidas

¹³ Esto no significa que no puedan los sujetos no funcionarios públicos realizar actos que pudieran ser calificados de tortura, pero dichos actos no estarían de manera directa dentro del alcance de la Convención ni del Protocolo que nos ocupa, sino de las legislaciones penales internas de cada Estado Parte. La tortura también está condenada en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros instrumentos internacionales. Pero sólo me detendré en la definición que ofrece el Convenio como marco regulatorio general en materia de tortura dentro del Derecho Internacional Público y a quien remite de manera directa el Protocolo. Tampoco abordaré las definiciones de tortura que se utilizan dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados, en los que algunos, como el caso de España, regulan un tipo especial de delito de tortura. Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Granada, Universidad de Granada, 1998; MARINO MENÉNDEZ, Fernando (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1996 y ALSTON, Philips (ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

¹⁴ Estas Reglas habían sido adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Ginebra el 30 de agosto de 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁵ El principio fundamental es la igualdad de trato (art. 6.1), haciendo especial hincapié a las condiciones materiales del cumplimiento de la detención, tanto en relación a los internos como a la organización de los centros penitenciarios y al personal encargado de la vigilancia y trato con los mismos. Establecen que las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completa-

desde 1957 ha entendido como *mínimas* y que resultan obvias a la luz de cualquier Estado de Derecho democrático y moderno comprometido con una defensa básica de los derechos humanos, no se cumplen en la mayoría de los establecimientos penitenciarios del mundo o no se cumplen de manera adecuada. Y no me refiero sólo a los países pobres o con democracias inestables, sino que gran parte de estas reglas no se cumplen en todo el mundo, donde las cárceles y prisiones sufren no sólo los efectos de la pobreza y la exclusión social, sino también los deterioros de los Estados de Bienestar, las privatizaciones y consecuencias de las políticas económicas neoliberales y, como corolario, las vejaciones que se comenten en nombre de la guerra contra el terrorismo. Siguen siendo, por lo tanto en todo el mundo, todavía bandera de reclamo de muchos organismos internacionales de defensa de los derechos humanos.

De todas maneras, la fuerza de los hechos no modifica el principio de que *no existen circunstancias excepcionales* que justifiquen el uso de la tortura (art. 2.2 de la Convención), que el cumplimiento de una sanción penal o de una detención no es excusa para un trato cruel o degradante, que no puede invocarse obediencia debida a autoridad superior (art. 2.3 de la Convención) y que todo Estado firmante de la Convención se obliga a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que resulten *eficaces* para impedir los actos de tortura en todo el territorio bajo su jurisdicción (art. 2.1 de la Convención). Y que debe velar, igualmente, porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal; ya sea cuando se cometen directamente actos de tortura o en los casos de tentativa, y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura (art. 4.1 de la Convención). No hay, insisto, un concepto amplio de tortura, sino *el* concepto de tortura que establece la Convención (y la Declaración) que fue ratificada por España. Y es desde este concepto que parte el Protocolo, y su metodología y la finalidad preventiva que implica se corresponde con estas exigencias.

La lucha contra la tortura, por consiguiente, es una reivindicación de un modelo de Estado de Derecho moderno realmente comprometido con la democracia y de un modelo ético de ciudadano democrático. Un ciudadano al que le repulsa la tortura y no la justifica ni defiende en ningún supuesto porque está convencido que es la negación misma del Estado moderno, del Derecho y de la democracia. Además, y no es poco, implica también un modelo de deontología profesional comprometido con esos ideales, para todas las personas implicadas en la justicia, de manera directa o indirecta, desde los mismos gobernantes y componentes del poder ejecutivo de un Estado, los integrantes del poder legislativo y esencialmente, todos los representantes del poder judicial y de las fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados¹⁶. Las

mente prohibidas como sanciones disciplinarias (art. 31). Advierten que las esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones y que tampoco deberán emplearse cadenas y grillos como medios de coerción, llamando la atención sobre la formación del personal penitenciario (art. 46).

¹⁶ Ferrajoli afirma que “en ninguna otra materia como en ésta las normas penales tienen un valor educativo y, por así decirlo, performativo del sentido moral, del espíritu cívico y de la deontología profesional de las fuerzas de policía”. FERRAJOLI, Luigi, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo” en *Democracia y garantismo*, citado, 117.

Reglas Mínimas comentadas hacen explícitas estas exigencias sobre la labor del personal penitenciario (art. 46), pero también diferentes iniciativas de Códigos de Ética de profesiones especialmente vinculadas a estos escenarios y que pueden configurarse en cómplices o colaboradores de actos de tortura, como jueces, abogados, médicos, trabajadores sociales, policías, entre otros¹⁷. En la normativa española resulta de especial interés, por su relación con el Protocolo, destacar la *Instrucción 12/2007* de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policia¹⁸. Causa perplejidad, de todos modos, que resulte necesario aclarar en la Instrucción que el ordenamiento jurídico español prohíbe terminantemente el uso de cualquier exceso físico o psíquico para obtener una declaración del detenido, y que el empleo de tales medios constituye infracción penal o disciplinaria y como tal será perseguida (art. 3.9)¹⁹.

III. La filosofía del Protocolo

El Protocolo se desprende de los artículos 2 y 16 de la Convención que establecen la obligación de cada Estado Parte de implementar medidas efectivas para preve-

¹⁷ Por ejemplo, la *Declaración de Tokio*, adoptada en la 29 Asamblea Médica Mundial el 10 de octubre de 1975 y actualizada en 2005 y 2006 en Francia, que estipula que el médico no protegerá, tolerará o participará en la práctica de la tortura o de otras formas de procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual sea el delito por el que la víctima de estos procedimientos sea objeto de sospecha, acusación o culpa, y sean las que sean las creencias o motivos de la víctima y en cualquier situación, incluyendo el conflicto armado y la guerra civil. Sobre los policías o funcionarios ligados al cumplimiento de la ley hay diferentes ejemplos como la *Declaración sobre la policía* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1974, el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 34/169) de 17 de diciembre de 1979, los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* adoptados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (Resolución 1989/65) de 24 de mayo de 1989 o las recomendaciones del Consejo de Europa contenidas en el *Código Europeo de Ética de la Policía*, de 2001.

¹⁸ La Instrucción 12/2007 del Secretario de Estado de Seguridad, afirma que el agente en la práctica de la detención actuará con decisión y autocontrol a fin de evitar, en la medida de lo posible, el uso de técnicas o instrumentos de coacción directa y, si esto no fuera posible, deberá propiciar la mínima lesividad tanto para el detenido como para los agentes intervinientes (art. 1.4). Y que cuando el detenido se oponga a la detención el agente valorará la intensidad y agresividad de la reacción adecuando el empleo proporcionado de la fuerza, distinguiendo las conductas de simple desobediencia o resistencia leve a las que impliquen un grado de agresividad tipificable como resistencia o desobediencia grave (art. 1.5), entre otras medidas.

¹⁹ También sorprende que deba aclarar que está terminantemente prohibida la utilización, durante la detención o en cualquier otro servicio policial, de armas que no estén incluidas en los equipamientos oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cuya utilización no haya sido autorizada expresamente (art. 7.5), o que independientemente del comportamiento del detenido, no se justifica ningún tipo de violencia cuando aquél haya sido inmovilizado (art. 7.6). Que el agente ha de ser conciente que la inmovilización dificulta las capacidades físicas con lo que tiene que ajustar la duración de aquella para evitar sufrimientos innecesarios, y tener especial consideración con circunstancias excepcionales como mujeres en avanzado estado de gestación o personas con alguna discapacidad (art. 9.3 y 9.4). También cuando indica que los traslados tienen que ser realizados proporcionando al detenido un trato digno y respetuoso de sus derechos fundamentales (art. 10.1 y 10.2). La Instrucción destina un artículo a la formación profesional, haciendo hincapié en la formación policial en materia de derechos humanos (art. 13.1 y 13.2).

nir los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo territorio bajo su jurisdicción. Y expresa la justificación de su existencia en la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, basándose en que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos había declarado que los esfuerzos por erradicar la tortura debían concentrarse ante todo en la prevención y, a tales fines, había solicitado se adoptase un protocolo facultativo de la Convención destinado a establecer un sistema preventivo de visitas periódicas a los lugares de detención. Es precisamente esta metodología, que el Protocolo deja clara en su Preámbulo, el eje que articulará sus políticas: el convencimiento de que la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes puede fortalecerse por medios no judiciales de carácter preventivo basados en visitas periódicas a los lugares de detención.

La idea de *praeventio* es esencial en la función y razón de ser del Protocolo, lo que implica una labor necesariamente proactiva, de anticipación, a diferencia de la labor reactiva que se produce cuando el daño se ha ocasionado²⁰. La metodología de visitas, entonces, parte de una filosofía concreta con una justificación y argumentación específica que fue muy debatida en todas las instancias de desarrollo del Protocolo y que aún hoy es objeto de debate. Con todo, el Protocolo nace con el compromiso de ocuparse de situaciones que no cubre la Convención y que son especialmente relevantes, planteando estrategias diferentes y novedosas para completar el espectro de alcance de la lucha contra la tortura, al menos en el plano normativo del derecho internacional²¹.

El modelo de prevención de la tortura mediante visitas a los lugares de detención tiene varios antecedentes y su naturaleza tan simple contraría sus reales potencialidades. Uno de sus más grandes defensores, Jean Jacques Gauthier estaba convencido de la potencialidad preventiva de las visitas regulares en un doble sentido, por la visita en sí misma y por la sola posibilidad de que la visita se realizase. Gauthier comenzó observando detenidamente la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), concluyendo que la fórmula que mejor incidía en disminuir los índices de violencia y las posibilidades de tortura en los lugares de detención eran las visitas regulares a los mismos. Visitas que entendía debían realizarse en base a dos principios, que luego toma también el Protocolo, el principio de confidencialidad y el principio de cooperación. El primero implica confidencialidad respecto a lo que se obser-

²⁰ BOEGLIN, Nicolás, "Problemas y desafíos en la implementación del Protocolo" en MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), La creación del mecanismo español de prevención de la tortura, citado, 24 y ss.

²¹ La Convención contra la tortura, en cambio, es un tratado internacional que prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y establece normas sobre los métodos que deben utilizar los Estados para aplicar esta prohibición a escala nacional e internacional, actuando cuando hay denuncia o sospecha de que se han producido actos de tortura. MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando, "La Convención contra la Tortura", en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.) y PUREZA, José Manuel, La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, 243-277.

va en la visita, para con el Estado y respecto del funcionario que delata, explica o denuncia. Es, de esta manera, una protección para quien informa o denuncia los actos de tortura pero, por el otro lado, implica también un cierto velo respecto a que lo descubierto no se hará público, al menos no inmediatamente. Lo que pretendía Gauthier era que este mecanismo generara algún tipo de relación de confianza con las autoridades, lejos del peligro de la denuncia pública inmediata, y que había demostrado su potencialidad en prevenir la tortura en la práctica concreta del Comité Internacional de Cruz Roja²². La cooperación se refiere tanto a cooperar con todas las instancias del Estado de que se trate y de sus diferentes Administraciones y funcionarios para corregir estas situaciones evitando los actos de tortura o malos tratos, y también cooperación entre diferentes instancias de ONG's involucradas en la prevención y lucha contra la tortura. Esta idea se extendió a toda Europa e impactó fuertemente en el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de alguna manera en la propia Convención contra la tortura, dando fundamento al Protocolo, aunque no se plasmó en una Convención independiente como era el objetivo que pretendía Gauthier²³. En 1987, esta metodología fue adoptada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, órgano creado en virtud de la Convención Europea para la Prevención de la Tortura demostrando, como ya se sabía con la experiencia del CICR, que los mecanismos independientes de visitas pueden prevenir la tortura mediante el examen de las condiciones y los procedimientos de detención, la formulación de recomendaciones sobre mejoras inmediatas y un diálogo continuo con las autoridades en relación con la aplicación de sus recomendaciones. Y que, a la vez, pueden tener un efecto disuasorio sobre el personal y las autoridades responsables de la detención²⁴. Ambas experiencias fueron vitales en el nacimiento y la formulación del Protocolo, utilizando así una metodología que aporta el Derecho

²² BOEGLIN, Nicolás, "Problemas y desafíos en la implementación del Protocolo", citado, 31.

²³ Jean Jacques Gauthier (1908-1986) fundó el *Comité Suizo contra la Tortura*, con sede en Ginebra, y que luego dividió en dos organizaciones para separar y no confundir los ámbitos de la protección contra la tortura y de la prevención de la tortura. La *SOS Torture* en 1985 que finalmente tomaría el nombre de *Organización Mundial contra la Tortura* (OMCT) dedicado concretamente a luchar contra los actos de tortura a través de denuncias y testimonios de tortura, y la *Asociación para la Prevención de la Tortura*, que pretende prevenir actos de tortura extendiendo a todos los presos el sistema de visitas preventivas a los lugares de detención realizadas por expertos internacionales, aplicando un instrumento desarrollado en derecho humanitario al ámbito de la protección de los derechos humanos. AA.VV, 20 ans consacrés à la réalisation d'une idée. Recueil d'articles en l'honneur de Jean-Jacques Gautier, Ginebra, Asociación para la Prevención de la Tortura, 1997, 21-46; KALIN, Walter, "La lucha contra la tortura", *Revista Internacional de la Cruz Roja* (Nº 147, 1998), 469-481 y CASSESE, Antonio (dir.), *The international fight against torture: La lutte internationale contre la torture*, Baden-Baden, Nomos, 1991, 65.

²⁴ EVANS, Malcolm y MORGAN, Rodney, "The origins and draftings of the ECPT: A salutary lesson?" en AA.VV, 20 ans consacrés à la réalisation d'une idée. Recueil d'articles en l'honneur de Jean-Jacques Gautier, citado, 85-97 y *Preventing Torture: A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1998. Igualmente, CASSESE, Antonio, "The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", en CASSESE, Antonio (dir.), *The international fight against torture: La lutte internationale contre la torture*, citado, 135-152.

Internacional Humanitario y que las ONG's que luchan contra la tortura venían reclamando como una medida idónea para evitar y prevenir casos de tortura.

Pero la formulación concreta del Protocolo no fue pacífica, ya que aunque el objetivo central de la prevención estaba claro, no lo estaba la fórmula jurídica que mejor podía plasmar la idea de un mecanismo universal de visitas periódicas a lugares de detención. Podría citarse 1978 como una de las fechas iniciales de este debate, cuando el Secretario General de la Comisión Internacional de Justicia, Nial MacDermot, propone a Gauthier la fórmula de un protocolo facultativo o adicional a lo que sería posteriormente la Convención contra la Tortura. Dicha fórmula no fue aceptada por Gauthier, ni por varias ONG's, ya que éste siempre había defendido la idea de una Convención internacional independiente sobre la base de que el enfoque era radicalmente diferente al que existía en otros documentos internacionales que ya existían o que se estaban discutiendo, como la propia Convención contra la Tortura. Con todo, la fórmula del Protocolo fue fuente de muchas confusiones por varias razones²⁵. El mismo título que no hace referencia concreta a la prevención, el confundir las perspectivas de la prevención y la protección, el adicionar el Protocolo a una Convención en una relación de dependencia que en realidad no guarda de manera conceptual, aunque obviamente ambas se opongan a la tortura, y el plantear unas problemáticas relaciones de dependencia entre los órganos de la Convención y los del Protocolo, entre otras.

De todas maneras, definida la forma como Protocolo Facultativo, no acabaron ahí las discusiones, ya que las mismas siguieron en gran intensidad cuando hubo que definir las instituciones internas del Protocolo. La discusión comenzó en los Grupos de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos en 1991 y en 1999 todavía no habían llegado a acuerdos sobre varias cuestiones relevantes, como el consentimiento del Estado para las visitas a cualquier parte del territorio, los acuerdos previos entre el Subcomité y el Estado y las relaciones entre ambos y la conformidad de las disposiciones del Protocolo con las normas internas del Estado. La luz se vio en 2001 con una propuesta de México que contaba con la simpatía del Grupo Latinoamericano y del Caribe, para establecer paralelamente al mecanismo internacional de visitas un mecanismo nacional para la prevención. Luego, de alguna manera, también ven con buenos ojos esta nueva institución los países de la Unión Europea a través de una propuesta de Suecia, quien ejercía la presidencia de la Unión Europea en ese momento. Las más beligerantes con esta propuesta fueron las ONG's, especialmente la Comisión Internacional de Juristas, Amnistía Internacional y Human Rights Watch, quienes firmaron un texto muy duro atacando esta propuesta²⁶. De todos modos, la iniciativa sirvió para reanimar el debate y para empezar a realizar acuer-

²⁵ BOEGLIN, Nicolás, "Problemas y desafíos en la implementación del Protocolo", citado, 38-44.

²⁶ Consúltense EVANS, Malcolm y HAENNI DALE, Claudine, "Preventing torture? The development of the Optional Protocol to the UN Convention Against Torture", *Human Rights Law Review* (Vol. 4, 2004), 18-55.

dos, hasta que en el décimo y último período de sesiones, del 14 al 25 de enero de 2002, el Grupo de Trabajo termina enviando un informe final al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General de las Naciones Unidas que incorporaba el Mecanismo Nacional de prevención²⁷. De todas maneras, pese a las polémicas y más allá de ellas, el Protocolo entró en vigencia el 22 de junio de 2006 cuando obtuvo la ratificación exigida de 20 países²⁸, entre ellos España.

IV. El Protocolo, sus órganos y funcionamiento

La novedad del Protocolo consiste en coordinar acciones de un mecanismo internacional completamente distinto a los que ya existen en el sistema de las Naciones Unidas, el *Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes*, y mecanismos internos de los propios Estados Parte, el *Mecanismo Nacional de prevención*. El objetivo central del Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos independientes internacionales y nacionales a todos los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 1 del Protocolo). Las bases de este innovador sistema preventivo que plantea el Protocolo implican independencia, información e interinstitucionalidad²⁹. Así, el Subcomité para la Prevención como los Mecanismos Nacionales de prevención deben garantizar su independencia en los mecanismos de designación y remoción, respetando reglas básicas de transparencia en las elecciones, garantizando estabilidad en los cargos y asignando recursos materiales y humanos adecuados y suficientes para un funcionamiento idóneo.

IV.1. El Subcomité para la Prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes

El Subcomité para la Prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, en adelante el Subcomité, es el mecanismo internacional de

²⁷ Mecanismo que no había sido previsto por Gauthier, que había fallecido en 1986, y era rechazado por la ONG's por miedo a que fuera utilizado por los Estados como instrumentos para ocultar los actos de tortura y que dificultara las labores del Subcomité. Sobre las vicisitudes históricas del Protocolo, AMNESTY INTERNATIONAL, "The Draft Optional Protocol to the Convention against Torture. Developing an Effective Tool to Prevent Torture", AI Index, IOR 51/01/96 y "Optional Protocol to the Convention against Torture. Time to take a stand on the Prevention of Torture", AI Index, IOR 51/006/2001; y los reportes de expertos de Naciones Unidas: "Report to the Special Rapporteur on Torture, Mr. P. Kooijmans", United Nations Doc E/CN.4/1099/17 y "Report of the Special Rapporteur on Torture, N. Rodley", United Nations Doc E/CN.4/1095/34 y BOEGLIN, Nicolás, "Problemas y desafíos en la implementación del Protocolo", citado, 43-52.

²⁸ El Protocolo se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002 y entró en vigor el 22 de junio de 2006 cuando obtuvo la ratificación de 20 países (art. 27). A 6 de abril de 2011, 68 Estados son signatarios y 57 son Estados parte. Dentro de los 27 países europeos, hay 24 que lo han firmado y 15 que lo han ratificado (algunos con reservas). No lo firmaron Hungría, Letonia, Lituania y Eslovaquia, y todavía no lo han ratificado Austria, Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia y Portugal.

²⁹ CORIOLANO, Mario, "Red para la prevención de la tortura: ejes para una acción planificada" en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), La creación del mecanismo español de prevención de la tortura, citado, 53-62.

prevención de la tortura que establece el Protocolo, y está formado por expertos independientes elegidos por los Estados Parte en el Protocolo por un periodo de 4 años (renovable una sola vez). Al principio, los miembros eran 10, pero actualmente, luego de la quincuagésima ratificación en septiembre de 2009, son 25 miembros. Los miembros del Subcomité tienen que ser personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la administración de justicia, en particular en materia de derecho penal, administración penitenciaria o policial, o en las diversas materias que tienen que ver con el tratamiento de personas privadas de su libertad. Serán elegidos por los Estados Parte teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa (no podrá tener dos miembros de la misma nacionalidad), cuidando que exista representación femenina y de los distintos sistemas jurídicos³⁰. Los miembros del Subcomité, que los eligen democráticamente los Estados Parte en elección secreta en reuniones bienales convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, ejercerán sus funciones a título personal, no en representación de sus países sino del Subcomité, actuando con independencia e imparcialidad (art. 5 del Protocolo y art. 13 del Reglamento Provisional de las Reuniones de los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado en la Primera Reunión de los Estados Parte, en Ginebra el 18 de diciembre de 2006).

Para el cumplimiento de su misión, el Subcomité tiene que guiar sus actuaciones según los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad (art. 2.3 del Protocolo). El mandato del Subcomité implica visitar directamente los lugares de detención de manera periódica y hacer recomendaciones a los Estados Parte en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad (art. 1 y 11 del Protocolo)³¹. A estos fines, el Protocolo entiende que lugares de detención son cualquier lugar bajo la jurisdicción del Estado Parte donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad por una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito (art. 4.1 del Protocolo). Mientras, por privación de la libertad entiende cualquier forma de detención, encarcelamiento o custodia de una persona en una institución pública o privada de la que no pueda salir libremente por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad competente (art. 4.2 del Protocolo). De esta forma, el Subcomité puede visitar lugares de detención en general, como cárceles, comisarías de policía, instituciones de salud mental (en las que se haya ingresado a personas en contra de su voluntad), instalaciones de detención de bases militares, lugares de detención para solicitantes de asilo, centros de inmigración, centros para jóvenes y lugares de detención administrativa.

³⁰ Los 10 miembros iniciales eran 2 mujeres y 8 hombres y actualmente son 8 mujeres y 17 hombres, no cumpliendo el balance de género que debería tener (aunque tampoco el geográfico ni el interdisciplinario).

³¹ CORIOLANO, Mario, "Red para la prevención de la tortura: ejes para una acción planificada", citado, 62-64.

Pero es importante comprender el verdadero sentido de la idea de hacer visitas, que no se limita a la labor que ya realizan los órganos de inspección penitenciaria o de otros centros de detención. Sarre refiere que tanto el Preámbulo del Protocolo como el art. 2.1 de la Convención contra la Tortura, que constituyen referencias de contexto para interpretar el Protocolo, establecen que la prevención efectiva de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere de una combinación de medidas legislativas, administrativas y judiciales³². En efecto, aclara Sarre, el objetivo del Subcomité y del Mecanismo Nacional no es únicamente la realización de meras visitas a los lugares físicos de detención, lo que ya es muy relevante, sino especialmente *visitar* los temas, sistemas e instituciones, el diseño institucional y las políticas públicas con una mirada sensible para poder detectar las causas estructurales de la tortura y otras conductas prohibidas. Y esta actitud es determinante, porque la visita del Subcomité a algún centro de detención será apenas una toma de contacto con ese determinado Estado Parte y con esas situaciones de detención, con lo que si su mirada no va más allá estrictamente de los hechos que se presentan los resultados serán muy limitados. En cambio, una mirada sensible y aguda a la institución y a sus políticas como un todo integrado y dinámico, puede hacer que las recomendaciones que posteriormente se elaboren tengan una potencialidad mucho más profunda para prevenir actos de tortura.

Respecto a la modalidad de visitas, el Subcomité en un principio decidió qué países visitaba por sorteo, aunque también puede realizar visitas de seguimiento y periódicas, teniendo que comunicar su programa a los Estados Parte para que éstos puedan adoptar las disposiciones prácticas necesarias. Cada visita tiene que ser realizada al menos por dos miembros del Subcomité que podrían estar acompañados de los expertos que contempla el Protocolo y que se escogerán entre una lista preparada de acuerdo con las propuestas hechas por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y por el Centro de Prevención del Delito Internacional de Naciones Unidas (art. 13 del Protocolo). El Subcomité no requiere el consentimiento especial de cada Estado Parte para realizar la visita, porque no es necesario que el Estado Parte autorice expresamente la misma ni tampoco los lugares que éste va a visitar; ya que cuando un Estado ratifica el Protocolo se obliga por él a aceptar visitas del Subcomité y a permitir el acceso a todos los lugares de detención. Por consiguiente, el Subcomité no necesita ninguna otra autorización para realizar una visita al concreto lugar de detención, tiene acceso sin restricciones a toda la información acerca del número de personas privadas de libertad en cualquier lugar de detención y sobre el número de lugares y su emplazamiento, así como a la información sobre el trato de estas personas y a las condiciones de su detención. Tiene, por ende, discreción total para elegir qué lugares visita y con quién se entrevista en ellos, y podrá

³² SARRE, Miguel, "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura" en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, citado, 100 y ss.

realizar entrevistas personalmente y sin testigos, y el Estado Parte sólo podría objetar una visita a un lugar de detención argumentando razones urgentes y apremiantes de defensa nacional, seguridad pública, catástrofes naturales o disturbios graves en el lugar que deba visitarse y que impidan temporalmente la realización de esta visita (art. 14 del Protocolo).

Para proteger a quienes proporcionan información al Subcomité, el Protocolo adhiere al principio de confidencialidad en el segundo sentido que defendía Gauthier, estipulando expresamente que ninguna autoridad o funcionario ordenará, aplicará, permitirá o tolerará ninguna sanción contra ninguna persona u organización por haber comunicado al Subcomité o a sus miembros cualquier información (art. 15 del Protocolo).

En relación con el segundo mandato, el Subcomité tiene que realizar recomendaciones a cada Estado Parte, comunicándolas de forma confidencial y, cuando sea oportuno, al Mecanismo Nacional, de acuerdo al principio de confidencialidad en el primer sentido que defendía Gauthier. Por lo tanto, no se publicará el informe sobre la visita a menos que así lo pida el Estado Parte. No obstante, si éste hace público parte del informe, el Subcomité podrá publicar el informe completo, con el fin de ofrecer al público una visión completa de sus conclusiones y recomendaciones³³. El Estado Parte, a su vez, asume la obligación de examinar las recomendaciones del Subcomité y entablar un diálogo con éste sobre las posibles medidas de aplicación y subsanación de las situaciones observadas por el Subcomité (art. 16 del Protocolo), aunque el Mecanismo Nacional podría desempeñar un papel fundamental a la hora de supervisar la puesta en práctica de las recomendaciones del Subcomité. De todas maneras, si el Estado Parte se niega a cooperar con el Subcomité o a tomar medidas para mejorar la situación, el Comité contra la tortura, dependiente del Convenio contra la Tortura, podrá, a instancias del Subcomité, hacer una declaración pública sobre la cuestión o publicar el informe del mismo.

³³ El 3 de febrero de 2011 se hizo público el *Cuarto Informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, que cubre el período de abril a diciembre de 2010. En dicho período realizó 4 visitas: Líbano (24 de mayo a 3 de junio, tercera visita a un país de Asia - Maldivas en diciembre de 2007 y Camboya en diciembre de 2009-, y la primera a un país árabe), Estado Plurinacional de Bolivia (30 de agosto al 8 de septiembre, cuarto país de América Latina que visita -México en agosto y septiembre de 2008, a Paraguay en marzo de 2009 y a Honduras en septiembre de 2009-), Liberia (6 al 13 de diciembre, tercera visita a un país de África -Mauricio en octubre de 2007 y Benin en mayo de 2008-). Y, por primera vez realiza una visita de seguimiento, al Paraguay del 13 al 15 de septiembre. Las preocupaciones esenciales del Informe versan sobre las dificultades encontradas para el acceso a las personas privadas de su libertad, a los lugares de detención y a los documentos; la preocupación por la utilización excesiva e indebida de la prisión preventiva, que ocasiona o agrava el hacinamiento endémico que impera en muchos Estados Parte; la preocupación de que las personas privadas de libertad no sean tratadas según los principios elementales de dignidad, consagrados en las normas internacionales en general, y que no se les reconozcan, en la práctica, las garantías fundamentales, propias del Estado de Derecho; la preocupación de que los Estados Parte respeten plenamente la obligación que les impone el Protocolo de garantizar que las personas con las que se reúne y habla durante sus visitas no resulten perjudicadas; y la preocupación respecto a los sistemas de autogobierno de los presos, que puede implicar que haya secciones que no estén bajo el control efectivo del personal oficial provocando detrimento de los detenidos vulnerables y poder disciplinario de unos internos sobre otros.

IV.2. El Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura

El Mecanismo Nacional de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es el mecanismo interno de cada Estado Parte que prevé el Protocolo para cumplimentar la tarea del Subcomité, compartiendo con éste el mismo objetivo de la prevención y la misma modalidad de visitas.

La creación de estos Mecanismos Nacionales, más allá de todas las polémicas que expuse sobre su origen y la forma controvertida que toma en las configuraciones concretas de cada Estado Parte, es también un mecanismo revolucionario porque hasta antes del Protocolo los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas no exigían la creación de órganos nacionales regulados por normas internacionales. Es más, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esos documentos se entendía como dentro del ámbito discrecional de cada Estado. Los Mecanismos Nacionales de prevención, por el contrario, responden a una lógica internacional, pero establecidos de manera permanente en el territorio de los Estados Parte, como presencias o recordatorios constantes de las obligaciones asumidas y de la adopción de medidas idóneas para la prevención de la tortura y otros tratos similares³⁴.

De acuerdo con el Protocolo, cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura (art. 3 del Protocolo), y deberá, como mínimo, examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad mediante un sistema de visitas regulares, frecuentes y sin previo aviso a todo lugar de detención de personas, haciendo recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad. Dichas recomendaciones deben ser precisas, claras, con plazos de cumplimiento y dirigidas a los funcionarios adecuados con las competencias particulares para resolver el problema planteado. También, debe realizar un Informe Anual con las situaciones controladas, las recomendaciones o denuncias realizadas, lo solucionado y los asuntos pendientes. Lo idóneo para realizar este Informe sería que a la hora de articular los Mecanismos Nacionales no existieran restricciones de información. Y, por último, el Mecanismo Nacional tiene que hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación existente o de los proyectos de ley en la materia (art. 4 y 20 del Protocolo)

Frente a estas atribuciones, los Estados Parte tienen la obligación de dialogar con los Mecanismos Nacionales, mantener fluida relación, aceptar las recomendaciones y cumplirlas y publicar y difundir el Informe Anual que produzcan. Y, obviamente, los miembros del Mecanismo Nacional requieren también de protecciones para desarrollar su labor con idoneidad, libertad y eficacia, tales como garantías de independencia funcional para el mecanismo y para su personal. Para ello, tanto el Mecanismo en sí mismo con su personal, gozan de plena libertad para acceder a todos los

³⁴ SARRE, Miguel, "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura", citado, 103.

lugares de detención y tienen acceso irrestricto a todas las dependencias de esos lugares sin necesidad de aviso o permiso previo. Pueden entrevistarse con todas las personas que consideren relevantes, en privado y sin testigos, pudiendo hacerlo acompañados de cualquier otra persona o experto que el Mecanismo considere pertinente, como un especialista en algún tema concreto o un traductor (art. 20 del Protocolo). Pueden, igualmente, hacer todas las preguntas y acceder a toda la información que requieran respecto a las personas detenidas (especialmente referidas al trato y a las condiciones de su detención).

Al igual que el Subcomité, los Mecanismos Nacionales tienen que guiar sus actuaciones según los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad. Y de éstos, quizá el más relevante para su función sea el de confidencialidad, que se define igual que para el Subcomité en los dos sentidos reseñados (art. 21 del Protocolo). Por lo tanto, resulta necesario que el Mecanismo Nacional y sus integrantes tengan no sólo independencia funcional sino también financiera, con lo que deben disponer de recursos materiales y humanos adecuados. A la vez, debe tener una base legal sólida que lo estructure como mecanismo institucionalizado, que regule los procesos de nombramientos y destitución o cese de sus miembros y de apelación. Sus miembros deben gozar de un régimen de inmunidades y prerrogativas para cumplir su trabajo con libertad, no deben estar vinculados a los poderes del Estado y deben gozar de un alto nivel de autoridad moral y de conocimientos adecuados, como haber sido activista de derechos humanos y/o profesionales en temas relevantes relacionados como la justicia, la administración de justicia, la salud, la salud mental, la educación y la Universidad, la seguridad pública, etc. A la vez, como sucede con el Subcomité, la composición de sus miembros tiene que ser interdisciplinaria, incluyendo a abogados, trabajadores sociales, médicos, arquitectos, sociólogos, psicólogos, psiquiatras, etc., guardar balance de género y representación de grupos étnicos y minoritarios de cada país, y tener conocimientos lingüísticos de cada Estado, incluyendo las lenguas oficiales y no oficiales que se hablen con regularidad dentro del mismo.

Sobre la vinculación entre el Subcomité y los Mecanismos Nacionales, el mismo Protocolo estipula que sea una relación complementaria entre ambos organismos y con una especial triangulación entre el Subcomité, el Mecanismo Nacional y el Estado Parte. Para facilitar esta relación, el Protocolo permite que el Subcomité pueda asesorar y ayudar a los Estados Parte, cuando sea necesario, en la creación de sus mecanismos de control y prevención, mantenga contacto directo, y en caso necesario confidencial, con los Mecanismos Nacionales y les ofrezca formación y asistencia técnica con miras a fortalecer su capacidad de trabajo. Del mismo modo, que pueda y deba ayudar y asesorar a los Mecanismos Nacionales en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y haga recomendaciones y observaciones a los Estados Parte (art. 11 del Protocolo). Igualmente,

el Subcomité también está vinculado con otros organismos de Naciones Unidas y con los organismos del Convenio contra la Tortura, y puede cooperar con ellos para la prevención de la tortura en general, como así también con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No implica una duplicación de tareas, sino una complementariedad, ya que mientras los Mecanismos Nacionales resultan especialmente útiles para asegurar un régimen y políticas preventivas más frecuente y próximo, el Subcomité se encarga fundamentalmente de la relación con el Estado y otros mecanismos a nivel internacional, asesorando a los Mecanismos Nacionales y complementando su tarea mediante un programa de visitas periódicas, aunque por su propia naturaleza, serán más esporádicas.

IV.3. El Mecanismo Nacional español

España ratificó el Protocolo el 4 de abril de 2006, con lo que el Mecanismo Nacional español de prevención de la tortura tendría que haber estado definido en junio de 2007, según los plazos establecidos en el Protocolo³⁵. Pero las discusiones respecto a la forma institucional que tendría excedieron en mucho ese plazo. Por un lado, el Protocolo deja un amplio margen de discrecionalidad para configurar estos Mecanismos Nacionales, con lo cual permite crear una instancia completamente nueva o utilizar una ya existente y puede ser un único mecanismo o varios, aunque requiere que tenga una organización sólida que le otorgue independencia funcional y financiera.

La idea inicial de la actual Administración del gobierno español era la de estructurarlo en base a dos principios fundamentales, que fuera creado por ley para darle mayor legitimidad aunque podía retardar el procedimiento y que fuera un mecanismo mixto, en la medida en que tuviera participación de la sociedad civil, discutiendo sobre la posibilidad de que pudiera estructurarse alrededor de la figura del Defensor del Pueblo. La propuesta de que fuera un mecanismo mixto era apoyada por la mayoría de las ONG's, siempre y cuando la participación del Defensor del Pueblo fuera limitada y la de la sociedad civil gozara de protagonismo e independencia, lo que venía a reivindicar el espíritu mismo del Protocolo que exige que el Mecanismo Nacional no esté vinculado a los poderes del Estado³⁶. Se había creado a tales efectos una Comisión Interministerial que pretendía contemplar las demandas de la socie-

³⁵ El Protocolo prevé que los primeros 20 Estados tienen la obligación de establecer uno o varios Mecanismos Nacionales de Prevención un año después de la entrada en vigor del Protocolo (o sea antes del 22 de junio de 2007); ya que era necesaria la ratificación de al menos 20 Estados para que fuera vinculante, y entre ellos se encontraba España. Los Estados que lo ratifiquen posterior a esa fecha tenían un año para establecer sus Mecanismos Nacionales respectivos (art. 3 del Protocolo).

³⁶ MARIÑO MENENDEZ, Fernando, "Introducción" en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, citado, 18-19.

dad civil, del mundo académico, del Defensor del Pueblo y representantes autonómicos³⁷.

También el Subcomité se había pronunciado sobre cómo debían estructurarse los Mecanismos Nacionales, destacando que tanto el mandato como las atribuciones debían ser claramente establecidos en la legislación nacional con un texto legislativo, donde debía constar la amplia definición de los lugares de privación de la libertad que ya establece el Protocolo³⁸. A su vez, insistía en que el Mecanismo Nacional tenía que ser desarrollado mediante un proceso transparente y público que incluyese a la sociedad civil y a otros actores involucrados en la prevención de la tortura. Y, muy atinado a las discusiones en España, que cuando un organismo ya existente se valorase para ser designado como Mecanismo Nacional, debía ser abierto el debate a la sociedad civil. El Subcomité destaca también la independencia en los procesos de selección y nombramiento de los miembros, que la selección de los miembros debe hacerse en base a su experiencia y conocimientos, que debe reflejar diversidad en cuanto equilibrio de género y antecedentes profesionales, dando adecuada representación a las minorías étnicas, grupos minoritarios e indígenas. Igualmente, que el Estado debe garantizar a los miembros del Mecanismo Nacional los recursos adecuados para su trabajo, capacitación, y amplia libertad para visitar todos los posibles y reales lugares de detención. Recordando también los deberes de colaboración y diálogo que tiene que existir entre los Mecanismos Nacionales y los Estados respectivos.

La polémica en España fue ardua y los tiempos se demoraron más allá de lo excusable, mientras en otros países los mecanismos se iban organizando de formas variadas y también con retraso, tanto en cabeza del Defensor del Pueblo, como en organismos de carácter mixto o de expertos independientes³⁹. Lo relevante es que en la formulación, estos mecanismos gozaran de legitimidad tanto para la comunidad como para las autoridades encargadas de los lugares de detención, por lo que lo imprescindible era que el proceso de creación de estos mecanismos fuera transparen-

³⁷ Consúltese VILLAN DURAN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo, Contribución de la AEDIDH a la aplicación en España del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, junio 2008, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH-Tortura.pdf> y en MARINO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), La creación del mecanismo español de prevención de la tortura, citado, 267-298. Puede verse la cronología del proceso de consulta en el Estado español respecto a la sociedad civil en CURA, Jorge del, "El proceso de puesta en funcionamiento del OPCAT y los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura" en MARINO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), La creación del mecanismo español de prevención de la tortura, citado, 241-266.

³⁸ Véase el *Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la tortura*, CAT/C/40/2, de 25 de abril de 2008 y CORIOLANO, Mario, "Red para la prevención de la tortura: ejes para una acción planificada", citado, 56-58.

³⁹ Aunque según el *Cuarto Informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de los 57 Estados Parte, sólo 27 han notificado oficialmente al Subcomité el órgano que han designado como Mecanismo Nacional de Prevención. Véase <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/mechanisms.htm>.

te y con un debate amplio y abierto de todos los actores involucrados⁴⁰. Uno de los temas sensibles en la creación del Mecanismo Nacional se relacionaba con la delimitación competencial; ya que aunque el Estado español tiene competencias exclusivas en materia de defensa y de fuerzas armadas, de inmigración, extranjería y asilo y policía nacional, algunas Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva o compartida en distintos ámbitos, como la protección de menores, centros sanitarios, centros penitenciarios y seguridad pública, entre otros⁴¹. Las opciones eran un Mecanismo Nacional único, Mecanismos en las Comunidades Autónomas, o ambos a la vez, combinando el Mecanismo Nacional con mecanismos autonómicos.

Finalmente, el Mecanismo Nacional se reguló en España a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que en su artículo tercero añade una nueva Disposición Final Única a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo. Esa Disposición Final Única es la del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, que queda regulado a través de la figura del Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo, establece el art. 3, ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y se creará un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. Agregando que el Reglamento determinará la estructura, composición y funcionamiento del Mecanismo⁴².

Nacido entonces con grosero retraso, incluido dentro de una ley pero no como organismo mixto, España pone a andar su Mecanismo Nacional para la Prevención de la tortura en medio de la polémica generalizada y con poco consenso. Los tiempos dirán si el mecanismo se ganará la credibilidad y confianza que requiere para funcionar como un mecanismo eficaz en la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴³.

⁴⁰ JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia y PI LLORENS, Montserrat, “¿Qué Mecanismo Nacional de Prevención sería el apropiado en España?”, en MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, citado, 119-152. Los autores entendían que el mejor modelo que se adapta el objeto y fin del Protocolo era un Mecanismo Nacional de prevención descentralizado *ad hoc*.

⁴¹ Sobre las competencias exclusivas del Estado español, art. 149.1.4, 149.1.2 y 149.1.29 de la Constitución Española, por ejemplo. Y sobre las competencias exclusivas o compartidas de las Comunidades Autónomas, véase art. 166.3 del Estatuto de Cataluña o el art. 61 del Estatuto de Andalucía o el art. 10 del Estatuto del País Vasco, que recogen competencias respecto a la protección de menores. El art. 162 del Estatuto catalán, el art. 55 del Estatuto andaluz o el art. 18 del Estatuto vasco que recogen competencias sobre los centros sanitarios. Sobre los centros penitenciarios, precisamente, lo contempla el art. 168.1 del Estatuto catalán, el art. 67 del Estatuto andaluz y el art. 12 del Estatuto vasco, mientras que los art. 164 del Estatuto catalán y el 17 del Estatuto vasco regulan la policía autonómica.

⁴² La polémica designación del Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional ya había sido aprobada el 15 de octubre de 2009 en el Congreso.

⁴³ Mientras se redactaba este artículo estaba en elaboración el Primer Informe del Mecanismo Nacional español, que finalmente se publicó en julio de 2011. En el Informe, el MNPT analiza las 231 visitas realizadas en 2010 a lugares de privación de la libertad en todo el territorio español. Y, aunque reclama que se generalice

IV.4. El rol de la sociedad civil y las ONG's

La sociedad civil agrupada a partir de diversas ONG's lleva trabajando y luchando por la prevención y la erradicación de la tortura de múltiples maneras y en casi todos los países del mundo. El lobby que diversas ONG's hacen respecto a las normas que luego actuaran para reprimir o para prevenir actos de tortura es imprescindible para que muchos de estos compromisos internacionales o nacionales vean la luz. La labor que realizan en contra de la impunidad, la lucha constante en la búsqueda de la verdad y de la justicia en contraposición con las políticas del abuso y del olvido, han hecho de la sociedad civil y de las ONG's unos actores imprescindibles para luchar contra la tortura y para articular mecanismos de prevención.

Sobre este rol primordial de la sociedad civil, Coriolano considera básico lograr una planificación estratégica interinstitucional que permita articular la red integrada por los diversos órganos internacionales de protección de las Naciones Unidas y regionales junto a instituciones locales estatales y de la sociedad civil en función de los distintos mandatos que cada una detente en la lucha contra la tortura⁴⁴. Es preciso, refuerza Sarre, que se favorezca la rendición de cuentas y el escrutinio público por medio de la sociedad civil, y que los Mecanismos Nacionales guarden especial vinculación y comunicación con la sociedad civil y sus organizaciones, ya que los Mecanismos Nacionales lograrían mayor eficacia en las campañas de prevención, gozarían de mayor credibilidad y obtendrían mayor información directa de lo que sucede en los centros de detención⁴⁵. Igualmente, hay que recordar la relevancia del enfoque multidisciplinario e interdisciplinario en el abordaje de la problemática de la tortura, para lo que es vital la participación no sólo de ONG's o grupos de la sociedad civil con objetivos y preparaciones muy diferente entre sí, sino también lograr la participación activa en la lucha contra la tortura y en la prevención de la misma a grupos de profesionales que se involucran en los escenarios donde se producen o pueden producirse actos de tortura y que constituyen un eslabón vital para acabar con ella. Resulta necesario visualizar los escenarios sociales de manera holística pudiendo identificar los diferentes roles y sujetos sociales para poder interactuar con ellos⁴⁶. Todos los que

el uso de videograciones en todas las dependencias policiales y que debe revisarse la regulación de la detención incommunicada, el Informe se muestra demasiado descriptivo de cuestiones estructurales menores.

Véase DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe Anual 2010. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, 20 julio 2011.

⁴⁴ Serían necesarias medidas básicas de ingeniería institucional para centralizar y sistematizar la información relevante, crear canales de comunicación y debate entre los diversos grupos, generando dinámicas de trabajo conjunto que resulten estratégicamente más eficaces. Aunque muchas de estas ONG's mantienen una relación polémica con el Estado Parte de que se trate, lo que dificulta las relaciones de cooperación. CORIOLANO, Mario, "Red para la prevención de la tortura: ejes para una acción planificada", citado, 67-69.

⁴⁵ SARRE, Miguel, "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura", citado, 111-112.

⁴⁶ En el caso de las prisiones, por ejemplo, a todo el personal que trabaja en ellas (guardias de seguridad, administrativos, personal de limpieza y elaboración de alimentos, etc.), a todos los grupos de profesionales involucrados (trabajadores sociales, psicólogos, maestros, médicos, entre otros) y diversas organizaciones que conviven con el mundo carcelario (grupos religiosos, grupos políticos, de acción social, deportivos, etc.). BOEGLIN, Nicolás, "Problemas y desafíos en la implementación del Protocolo", citado, 27-29.

participan de alguna manera en la vida de las instituciones o escenarios sociales donde las personas pueden estar detenidas tienen que tener un rol activo en la prevención integral de la tortura y en todas las labores de sensibilización y concienciación.

Y, aunque el Protocolo no le da a la sociedad civil ni a las ONG's un rol esencial de manera orgánica y la regulación española no lo ha dejado nada claro, se les debería reservar una función relevante dentro del Mecanismo Nacional, ya sea formando parte de él o como asesores externos o informales del mismo; ya que nadie discute que tuvieron y tienen un rol esencial en la prevención de la tortura. De todas maneras, no sólo en España, la constante y nunca cansada presencia de las ONG's especialmente en las denuncias de los casos de violación de derechos humanos y tortura y en las campañas de sensibilización y educación para prevenir la tortura han sido y son esenciales en la lucha contra toda forma de tortura o de trato inhumano o degradante. La clave es que todos somos necesarios y que no hay actor social irrelevante en la lucha contra la tortura.

V. Reflexiones finales: *porque siempre es mejor prevenir que castigar*

España ya tiene funcionando su Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, nacido en un contexto de muchas críticas, todavía con un protagonismo a definir, buscando apoyo y consenso de la sociedad civil y mirado con cierta desconfianza (aunque quizá por razones diferentes) tanto por las ONG's que trabajan en el ámbito de la lucha contra la tortura como por las instancias oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y el Subcomité ha ampliado sus miembros y su capacidad para realizar visitas y funcionar de manera más eficaz en la prevención. Habrá que ver cómo se articulan, cómo ejercen la cooperación entre ambas, cómo vigilan, visitan, recomiendan. Habrá que estar atentos, también, a los especiales ámbitos donde se visita y a los colectivos donde la vulneración es más notoria, como las mujeres, las personas con discapacidad, los niños, los inmigrantes, los pobres. Vulnerabilidad en un doble sentido, porque estas personas no disponen, generalmente, de recursos para la reacción y la denuncia y, por el otro, porque sus situaciones están invisibilizadas en las instituciones de detención y, en muchos casos, bajo estructuras legales poco sólidas y cuasi-inconstitucionales.

Falta mucho camino por recorrer, para que tanto el Defensor del Pueblo como institución que tiene atribuidas las funciones de Mecanismo Nacional, el Estado español y la sociedad civil española comprendan *realmente* la función preventiva de este mecanismo, y se comprometan en la necesidad imperiosa de luchar contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con los mecanismos de prevención explicados. Que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y todas las autoridades encargadas de centros de detención, de manera directa o indirecta, comprendan que la modalidad de visitas es una de las mejores vías para la prevención de la tortura y que es también una estrategia que les permitirá cumplir de

manera más eficiente y democrática su trabajo. Que no es necesaria una sospecha o una denuncia previa, un riesgo o un peligro para que el Mecanismo Nacional o el Subcomité actúen y realicen las visitas a determinados centros, sino que la visita es una estrategia preventiva que se tiene que realizar, antes o después (y repetidas veces), a *todos* los centros de detención de *todos* los Estados Parte. No debe haber, por ende, temores o reticencias frente a las mismas y el deber de colaboración debe ser siempre franco, abierto y democrático. Es el convencimiento de que se actúa acorde al derecho la llave que tiene que abrir todas las celdas para que los expertos lo certifiquen, el compromiso de que no hay nada que ocultar y que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son la garantía democrática y de derechos humanos de todos los ciudadanos.

En España hay denuncias de tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (y algunas sentencias) y que hay que ponerles fin de manera inmediata. No se puede negar la evidencia y de nada sirve hacerlo. Es esencial que como sociedad asumamos el compromiso constante frente a la mayor lacra que podemos ostentar como Estado Democrático. Que tomemos la labor de fiscalización ciudadana de defensa de las estructuras democráticas para no permitir, ni con la acción ni la omisión, ni con el apoyo político, ni con el voto, las acciones de quienes recurren a la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Que entendamos realmente que no existe ninguna justificación para la tortura, que la tortura jamás implica una victoria, que la tortura siempre es una negación del derecho y del Estado moderno y democrático. Y para que comprendamos, finalmente, que en el ámbito de la lucha contra la tortura, *siempre es mejor prevenir que castigar*.

Bibliografía

- AA.VV, 20 ans consacrés à la réalisation d'une idée. Recueil d'articles en l'honneur de Jean-Jacques Gautier, Ginebra, Asociación para la Prevención de la Tortura, 1997.
- ALSTON, Philips (ed.), The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- CASSESE, Antonio (dir.), The international fight against torture: La lutte internationale contre la torture, Baden-Baden, Nomos, 1991.
- CLUCAS, Bev, JOHNSTONE, Gerry and WARD, Tony (edit.), Torture: Moral Absolutes and Ambiguities, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- DANNER, Mark, "Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror", New York Review of Books (New York, 2004), 108-115.
- DAVIS, Michael, "The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading, Treatment", International Journal of Applied Philosophy (Vol. 19, Nº 2, 2005), 161-178.

- DERSHOWITZ, Alan, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Hew Haven, Yale University Press, 2002.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.
- EVANS, Malcolm y MORGAN, Rodney, *Preventing Torture: A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1998
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.
- *Principia Iuris. Una teoría del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007.
- FORNER, Juan Pablo, *Discurso sobre la tortura*, Barcelona, Ed. Crítica, 1990.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Granada, Universidad de Granada, 1998.
- KALIN, Walter, “La lucha contra la tortura”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* (Nº 147, 1998), 469-481.
- KREIMER, Seth, “Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* (Vol. 6, 2003), 278-325.
- LA TORRE, Massimo, “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades* (Nº 17, Época II, junio 2007) 71-87.
- LUKES, Steven, “Torture and Liberal Democracy: Response to Levey”, *British Journal of Political Science* (27, 3, 2007), 571-572.
- “Liberal Democratic Torture”, *British Journal of Political Science* (Vol. 36, 2006), 1-16 .
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “La Convención contra la Tortura”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.) y PUREZA, José Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, 243-277.
- (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1996.
- MARIÑO MENENDEZ, Fernando y CEBADA ROMERO, Alicia (dir.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Madrid, Iustel, 2009.
- MELLOR, Alec, *La Tortura*, Barcelona, Ed. Estela, 1964.
- NAGEL, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 3, No. 2, April 2005), 113-147.
- PETERS, Eduard, *La Tortura*, Madrid, Alianza, 1985.
- SAVATER, Fernando y MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo, *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona, Anagrama, 1982.
- VANS, Malcolm y HAENNI DALE, Claudine, “Preventing torture? The development of the Optional Protocol to the UN Convention Against Torture”, *Human Rights Law Review* (Vol. 4, 2004), 18-55.

- VILLÁN DURÁN, Carlos, “La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales” en *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos* (núm. 7, Ararteko-Vitoria, 2004) 33-115.
- VILLAN DURAN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo, *Contribución de la AEDIDH a la aplicación en España del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*, junio 2008.
- WALDRON, Jeremy, “Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review* (Vol. 105, Nº 6, octubre 2005), 1681-1750.
- *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- YOO, John, *The Powers of War and Peace*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- *War by Other Means*, New York, Atlantic Press, 2006.

Documentación

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2010 Amnistía Internacional. El Estado de los derechos humanos en el mundo*.
- *Israel y los Territorios Palestinos Ocupados: Son necesarias medidas urgentes para resolver los motivos de preocupación del Comité contra la Tortura de la ONU* (MDE 15/019/2009).
 - *Estados Unidos de América: La promesa de un cambio real. Las órdenes ejecutivas del presidente Obama sobre detenciones e interrogatorios*, AMR5101509-6572, 2009.
 - *España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*, EUR 41/001/2009.
 - *España: Sal en la herida. Impunidad policial dos años después*, EUR 41/010/2009.
 - *Spain: Briefing to the Committee against Torture*, EUR 41/004/2009
 - *España. Sal en la herida. La impunidad efectiva de los agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*, EUR 41/006/2007.
 - *More rights, but the obstacles remain*, EUR 41/006/2006.
 - *España y Marruecos: falta de protección de los derechos de las personas migrantes. Ceuta y Melilla un año después*, EUR 41/009/2006.
 - “Optional Protocol to the Convention against Torture. Time to take a stand on the Prevention of Torture”, AI Index, IOR 51/006/2001.
 - “The Draft Optional Protocol to the Convention against Torture. Developing an Effective Tool to Prevent Torture”, AI Index, IOR 51/01/96.
- ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL, *Declaración de Tokio*, 1975 (actualizada posteriormente en 2005 y 2006, en Francia).

CONSEJO DE EUROPA, *Código Europeo de Ética de la Policía*, de 2001.

- *Declaración sobre la policía*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1974.

DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2010. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, julio 2011.

NACIONES UNIDAS, *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* adoptados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (Resolución 1989/65) de 24 de mayo de 1989.

- *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 34/169) de 17 de diciembre de 1979.

SUBCOMITE PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Cuarto Informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 3 de febrero de 2011.

- *Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la tortura*, CAT/C/40/2, de 25 de abril de 2008.