



Las comisiones nacionales de derechos humanos y defensorías / defensores del pueblo como Mecanismos Nacionales de Prevención a la luz del *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura*

Enero de 2008

Introducción

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (en adelante el Protocolo Facultativo u OPCAT por sus siglas en inglés) establece un sistema de visitas realizadas por expertos independientes a los lugares de detención, con el objeto de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El sistema se basa, en el ámbito internacional, en el Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas y, a escala nacional, en mecanismos nacionales de prevención (MNP)¹. Los Estados tienen la opción de crear una institución nueva que actúe como MNP o de designar una o varias instituciones existentes si satisfacen los requisitos del OPCAT.

Si bien las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) pueden colaborar de diversas maneras en la prevención de la tortura y otros tratos similares², en el presente documento examinamos únicamente las consideraciones que suelen presentarse cuando se considera una comisión nacional de derechos humanos o una defensoría del pueblo³ como posible

¹ El Artículo 3 del Protocolo Facultativo dispone que: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

² Para obtener información adicional sobre el rol de las INDH en la prevención de la tortura, sírvase consultar el documento “*Instituciones Nacionales de Derechos Humanos: su rol en la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”, Postura de la APT, 2005, disponible en Internet: http://www.apt.ch/component?option=com_docman/task/doc_download/gid,190/Itemid,59/lang,en/.

³ El término Defensoría del Pueblo se utiliza en su sentido genérico más amplio posible, para incluir tanto a Defensores como a Defensoras del Pueblo, y a la institución en sí. La terminología varía entre países, empleando términos como

mecanismo nacional de prevención. De hecho, nuestro propósito es instar a los encargados de tomar las decisiones respecto de la designación de los MNP a que consideren cuidadosamente cuán conveniente o inconveniente podría ser designar como MNP instituciones existentes con un mandato muy amplio.

Es posible que al principio los Estados supongan que la designación de una comisión nacional de derechos humanos o defensoría del pueblo existente sea una manera rápida y económica de cumplir con la obligación dispuesta en el Protocolo Facultativo de contar con un MNP. Sin embargo, las instituciones existentes rara vez se encuentran en capacidad de satisfacer todos los requisitos del Protocolo Facultativo. Casi siempre es necesario hacer cambios en la legislación, reestructurar la organización y suministrarle recursos humanos, logísticos y económicos adicionales para que una comisión de derechos humanos o una defensoría del pueblo pueda asumir el rol de mecanismo nacional de prevención. Además, en algunos casos, la composición, el trabajo o la condición de una institución existente puede hacer que sencillamente sea inapropiado designarla como MNP, se efectúen o no dichos cambios.

Las **defensorías del pueblo** normalmente poseen una condición jurídica independiente amparada en la Constitución del país y tienen experiencia en determinar la procedencia o improcedencia de una acción estatal respecto de personas individuales. En la mayoría de los casos, las defensorías poseen un mandato bastante amplio, aunque en algunos países tienen uno o más defensores especializados. Con pocas excepciones, la defensoría del pueblo la ocupa una persona con verdadero poder de toma de decisiones y que casi siempre es apoyada por un equipo de profesionales. Los defensores del pueblo a menudo carecen de autoridad para ordenar a quienes toman las decisiones en el ámbito gubernamental la adopción de medidas específicas para corregir una situación, sino que más bien recurren a la disuasión, ya sea en privado o mediante presión política, haciendo publicidad sobre casos particulares. Los defensores del pueblo y su personal acostumbran ser juristas y, en ocasiones, su mandato se limita a valorar la legalidad de los procedimientos en lugar de la idoneidad o lo oportuno de las decisiones de fondo. Algunos defensores solo pueden hacer recomendaciones haciendo referencia a las normas nacionales –no a normas internacionales– mientras que la legislación que designa a otros expresamente les faculta a hacer referencia a los tratados internacionales.

Las **comisiones nacionales de derechos humanos**, por su parte, suelen estar conformadas por una cantidad relativamente grande de miembros y puede que tengan o no un sólido asidero constitucional. Éstas también tienden a poseer un mandato bastante amplio, aunque normalmente su enfoque es en los derechos humanos, lo cual contrasta a veces con las defensorías del pueblo. Las facultades de las comisiones de derechos

“Defensores de los Habitantes”, “Procuradores de Derechos Humanos”, u otros similares, pero sea cual fuere el nombre formal con que se conozcan, aquí entenderemos que se trata de Defensores o Defensorías del Pueblo.

humanos varían dependiendo de su naturaleza. En un extremo del espectro, la comisión puede ser muy independiente y tener poderes cuasi judiciales para tomar decisiones públicas ante denuncias individuales y emitir órdenes vinculantes para los funcionarios públicos. En el otro extremo, una comisión puede no ser muy independiente (de hecho, puede estar conformada por representantes de entidades ministeriales) y actuar sobre todo o exclusivamente como órgano asesor del gobierno. Los integrantes de la comisión pueden provenir de distintas disciplinas profesionales, aunque lo más común es que su formación sea en el campo jurídico. De igual modo, algunas comisiones se limitan a aplicar los derechos contemplados en la legislación nacional, mientras que otras pueden estar expresamente autorizadas para aplicar las normas y los principios del derecho internacional en materia de derechos humanos.

Los elementos que se exponen a continuación ayudarán a identificar, en el contexto de cada país, las medidas legales específicas y los recursos humanos y económicos adicionales que necesitan los MNP para cumplir adecuadamente con las disposiciones del Protocolo Facultativo. Un estudio minucioso de estos aspectos también puede poner en evidencia problemas que podrían incidir en el trabajo y el mandato actual de una institución designada como MNP. En unos casos, esto podría conllevar a reconocer que la creación de una nueva institución especializada ayudaría al Estado a cumplir mejor sus obligaciones a la luz del Protocolo; mientras que en otros, podría ayudar a que el diálogo entre el gobierno, la sociedad civil y las instituciones nacionales gire en torno a una valoración realista de las repercusiones legislativas, humanas y financieras de transformar una institución nacional existente en un MNP funcional, en virtud del Protocolo Facultativo.

Habida cuenta de la gran cantidad de instituciones nacionales de derechos humanos en todo el mundo⁴, no sería posible ni deseable evaluar aquí cada una de ellas a la luz los requisitos del Protocolo Facultativo. Por ende, solo mencionaremos aquellas INDH que, al momento de preparar este documento, habían sido consideradas formalmente o era muy probable que fuesen designadas como MNP a modo de ejemplo para ilustrar algunas consideraciones.

Requisitos de los mecanismos nacionales de prevención a la luz del Protocolo Facultativo

El Protocolo Facultativo establece requisitos mínimos que deben reunir los MNP. La APT ha publicado una explicación detallada de estas disposiciones en el documento, *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos*

⁴ Véase la lista de las INDH acreditadas por el Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la dirección: http://www.nhri.net/2007/List_Accredited_NIs_Nov_2007.pdf (versión en inglés).

*Nacionales de Prevención*⁵ por lo que, para los propósitos actuales, resumimos los principales requisitos que debe satisfacer un MNP para funcionar eficazmente:

- Mandato para realizar visitas de carácter preventivo
- Recursos para llevar adelante un programa completo de visitas
- Acceso a todos los lugares de detención
- Acceso a toda la información pertinente
- Derecho a realizar entrevistas en privado
- Independencia
- Aptitudes y conocimientos profesionales
- Derecho a hacer recomendaciones y a recibir una respuesta
- Derecho a publicar informes
- Prerrogativas e inmunidades necesarias
- Credibilidad.

En las secciones siguientes, examinaremos cada uno de estos elementos en el contexto específico de las comisiones nacionales de derechos humanos y defensorías del pueblo. Los distintos aspectos se ilustran con ejemplos de países que han designado una comisión o defensoría existente como MNP o que están considerando hacerlo. Para obtener información adicional sobre el estado actual del establecimiento de los MNP en cada país signatario y Estado Parte del OPCAT, consulte el *Informe sobre la Situación de los MNP por País*, de la APT⁶.

1. Mandato para realizar visitas de carácter preventivo

El Protocolo Facultativo prevé que cada MNP tenga un mandato y la capacidad de llevar a cabo un programa de visitas periódicas, a fin de examinar el trato que reciben las personas privadas de libertad y protegerlas de la tortura y otros tratos similares. En este sentido, el hecho que una institución existente ya esté realizando visitas ocasionales a lugares de detención no significa necesariamente que desempeñe el tipo de actividad prevista en el Protocolo. No cualquier visita a un lugar de detención cumple con las exigencias del Protocolo: la prevención de violaciones futuras a los derechos humanos mediante la exposición de problemas imperantes y el análisis de factores de riesgo de manera periódica y reiterada y un proceso

⁵ Esta guía está disponible en Internet: www.apt.ch. El presente documento sólo aborda elementos especiales de las defensorías del pueblo o comisiones con un mandato muy amplio existentes, pero en la *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención* se incluye muchos otros aspectos que también rigen para este tipo de instituciones. Por lo tanto, este documento debe leerse conjuntamente con la Guía.

⁶ El informe está disponible en Internet en inglés y un resumen del mismo en castellano para los países de América Latina: www.apt.ch/npm.

de diálogo directo con las autoridades a fin de encaminar mejoras⁷. Además, no todos los tipos de visitas o instituciones visitantes gozan de las garantías ni emplean la metodología contempladas en el Protocolo Facultativo⁸.

Por ejemplo, el OPCAT se basa en la distinción entre las visitas periódicas realizadas a todos los lugares de detención para prevenir los malos tratos presentes y futuros de cualquier persona detenida en el lugar, y las visitas poco frecuentes a personas individuales para investigar malos tratos ya ocurridos. Si bien puede haber un traslape importante entre ambas funciones, en la práctica, realizar visitas hasta después de que haya ocurrido un hecho para investigar casos particulares generalmente no tendrá el efecto preventivo necesario, que es el propósito y objetivo del Protocolo Facultativo.

Asimismo, es posible distinguir entre las visitas que tienen como finalidad proteger a los detenidos del abuso y que, por ende, pueden exigir la defensa de los detenidos (es decir, un enfoque de derechos humanos), y las visitas que tienen otros propósitos primordiales (inspección general, revisión del desempeño fiscal, investigaciones penales o imparciales como parte de un proceso para dictar sentencia, etc.)

Las comisiones nacionales de derechos humanos pueden contar con amplia experiencia en la aplicación de un enfoque de “derechos humanos”. Muchas pueden incluso estar ya realizando visitas a lugares de detención. Las defensorías del pueblo también pueden haber visitado lugares de detención con el propósito de investigar quejas formales o informales individuales presentadas en sus oficinas o con motivo de concentrarse en un determinado momento en un asunto de temático particular. Sin embargo, con algunas excepciones, estas instituciones normalmente no llevan adelante un sistema de visitas de carácter preventivo a todos los lugares de detención en el país.

En este punto, es importante analizar detenidamente la frecuencia, el propósito y la naturaleza de las visitas que ya realiza una comisión o la defensoría del pueblo. Desde luego, las visitas de cualquier tipo pueden aportar a los visitantes un mayor conocimiento acerca de la situación en los lugares de detención y tener un efecto disuasivo. Sin embargo, si las visitas anteriores tendieron a ser reactivas, poco frecuentes, dirigidas a la investigación de quejas individuales u obedecieron a motivos mixtos, a menudo será necesario algún tipo de capacitación para el equipo de visita y cambios en la metodología de trabajo para garantizar que la institución comprenda y esté en capacidad de realizar visitas *preventivas* eficaces. Por ejemplo, las entidades visitadoras que normalmente permanecen dentro de las secciones administrativas y salas de reunión en los lugares de detención, sin recorrer el conjunto de las instalaciones y en particular los pabellones y celdas donde se encuentran reclusos, no pueden pretender cumplir con las

⁷ Véanse el Preámbulo y los artículos 1, 4, 19 y 22 del Protocolo Facultativo y el capítulo 3 de la *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*.

⁸ Véanse los artículos 18, 19, 21 y 22 del Protocolo Facultativo y los capítulos 6 y 7 de la *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*.

funciones exigidas por el Protocolo Facultativo sin adoptar cambios significativos en su metodología.

Si la institución va a continuar desempeñando funciones cuasi judiciales o de investigación pública para ventilar denuncias individuales y, además, asumirá nuevas funciones para entablar un diálogo constructivo mediante visitas de prevención conforme al Protocolo Facultativo, también será necesario efectuar cambios internos en la estructura de la organización a fin de garantizar que tanto los detenidos como los funcionarios penitenciarios comprendan la naturaleza de cualquier conversación que sostengan con el personal de la comisión o de la defensoría del pueblo. De no ser así, la relación de cooperación entre el MNP y los funcionarios gubernamentales, de la que dependen las visitas contempladas en el Protocolo Facultativo, podría resultar difícil de mantener o entablar si los propios funcionarios pudieran ser objeto de procesamiento o enjuiciamiento por parte del MNP. De igual modo, si se espera que las funciones del MNP las realice el mismo personal responsable de investigar denuncias individuales, se puede generar mucha confusión, en primer lugar para las personas privadas de libertad y el personal, que no tendrá clara la condición en la que trabaja, así como para el público en general.

Además, las personas pueden mostrarse renuentes a hablar abiertamente con el MNP si temen que su identidad o la información que proporcionen pueda hacerse pública en el futuro (por ejemplo, en el transcurso de un proceso judicial o de una audiencia). Por otra parte, la carga de trabajo y la urgencia que conllevan las denuncias individuales pueden sobrecargar al equipo y mermar la capacidad de la institución de mantener un programa de visitas preventivas completo y riguroso. Estas consideraciones deben ponderarse con la posible ventaja de que combinar las funciones del MNP con el mandato de investigación pública o de arbitrar denuncias puede a su vez dar mayor fuerza a las recomendaciones emitidas por una institución.

El enfoque de las defensorías del pueblo y el alcance de su poder para formular recomendaciones varían de un país a otro. El Protocolo Facultativo establece que el MNP deberá llevar adelante su trabajo con miras a mejorar las condiciones de detención y proteger a las personas privadas de libertad, en un sentido práctico. Por lo tanto, las instituciones que tradicionalmente han tenido como mandato dictaminar la legalidad de un procedimiento, como en los países escandinavos, pueden no estar en capacidad de desarrollar aspectos de fondo ni aspectos que requieran de aptitudes y conocimientos técnicos para emprender el trabajo preventivo de un MNP. Para las instituciones que siempre se han encargado de determinar si una actuación administrativa específica ha cumplido debidamente con la legislación, el procedimiento administrativo establecido o con las normas de imparcialidad requeridas ⁹, puede resultar difícil asumir el rol de defensores de los

⁹ Por ejemplo, del Defensor del Pueblo danés *“tiene la responsabilidad de garantizar que la administración pública no actúe en contravención de la legislación danesa, en especial del derecho administrativo público. Por tanto, se trata de un órgano que ejerce un control de la legalidad...”* Véase Centro de Rehabilitación e Investigación para las Víctimas de la Tortura (RCT), Informe alternativo presentado al Comité

detenidos, haciendo comentarios acerca de las políticas públicas adoptadas por el gobierno o el parlamento e incluso proponiendo que la legislatura apruebe, enmiende o rechace ciertas leyes. A las personas detenidas y al personal de los centros de detención, también les puede resultar confuso que una institución que hasta entonces cumplía una función de tipo legalista ahora adopte un enfoque diferente y asuma nuevas funciones en virtud del Protocolo Facultativo.

En Costa Rica, por ejemplo, el decreto presidencial que dispone la designación de la Defensoría de los Habitantes como MNP precisa que la función de MNP "...hasta tanto no se emita la ley correspondiente, se enmarca de manera provisional dentro de las inspecciones que habitualmente realiza esta institución en los diversos centros penitenciarios, de detención o de aprehensión administrativa"¹⁰. Si bien durante su primer año de funcionamiento como MNP, la Defensoría de los Habitantes inició un proceso interno de reflexión sobre las implicaciones de su nuevo mandato internacional, no se instituyó ningún cambio notable en su estructura o práctica. Esto ha suscitado cierto grado de confusión ante sus interlocutores y entre el mismo personal de la Defensoría.

2. Recursos para desarrollar un programa completo de visitas

Las comisiones nacionales de derechos humanos o las defensorías del pueblo con un mandato muy amplio necesitarán mayores recursos económicos y humanos para estar en condiciones de llevar a cabo un programa de visitas preventivas lo bastante definido y frecuente que cumpla con las disposiciones del Protocolo Facultativo. Un ente encargado de cubrir una gran variedad de derechos para todos los ciudadanos de un país puede sufrir presiones presupuestarias que restrinjan su capacidad de desarrollar un programa de visitas a todos los lugares de detención. Las estaciones de policía son un ejemplo típico, constituyen un área importante de preocupación de un MNP y, en la mayoría de los países, se encuentran geográficamente dispersas y son numerosas.

No basta con que el gobierno sencillamente designe un órgano y espere que éste busque los recursos necesarios para cumplir con las nuevas funciones que le asigna el OPCAT con el presupuesto existente. El Protocolo específicamente obliga a cada Estado Parte "a proporcionar los recursos necesarios para el funcionamiento de" su mecanismo nacional de prevención¹¹.

contra la Tortura (mayo 2007), pág. 20, disponible en inglés en Internet: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/RCT-Alternative_report.pdf.

¹⁰ Decreto Presidencial nº 33568-RE-MSP-G-J, artículo 2, publicado el 19 de febrero de 2007. Disponible en Internet: <http://www.apr.ch/npm/americas/CostaRica1.pdf>:

¹¹ Véase el artículo 18(3) del Protocolo Facultativo.

La *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención* de la APT, explica en detalle cómo aproximarse al cálculo de esas necesidades. No obstante, en este documento sólo presentamos algunas generalidades importantes para las comisiones nacionales de derechos humanos y las defensorías del pueblo existentes:

- Un órgano que ha realizado muy pocas o nunca ha realizado visitas de campo de manera reiterada, que incluyan las zonas rurales de un país, va a necesitar recursos físicos y logísticos adicionales para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo Facultativo.
- Un órgano que normalmente no cuenta con el apoyo permanente de profesionales en medicina o psicología, va a necesitar recursos humanos o económicos adicionales para adquirir estos servicios especializados.
- Un órgano que sólo ha visitado un tipo específico de lugar de detención –por ejemplo, prisiones– va a necesitar recursos adicionales si ahora, como parte de lo que exige el Protocolo Facultativo, tendrá que cubrir toda una gama de sitios (estaciones de policía, instituciones psiquiátricas, centros de detención militares, etc.).
- Un órgano que todavía no lleve adelante un programa completo de visitas de carácter preventivo generalmente, en un inicio, va a necesitar capacitación adicional, tanto para planificar un programa eficaz como para realizar las visitas, y esto requerirá de mayores fondos en los primeros años de funcionamiento. Asimismo, las instituciones que antes basaban su trabajo sólo en el marco jurídico nacional, van a necesitar capacitación adicional acerca del marco jurídico internacional que rige la tortura y los malos tratos¹².
- Los MNP tienen derecho (y los gobiernos deben promoverlo) a mantener un contacto directo y confidencial con el Subcomité para la Prevención de la Tortura, en la sede en Ginebra y durante sus visitas, y esto puede requerir de recursos adicionales¹³.

Al respecto, cabe destacar que el requisito de que el MNP funcione de manera independiente¹⁴ significa que no debe depender del gobierno para obtener el transporte para una visita específica (ya que esto le daría mucha oportunidad al gobierno de controlar la fecha, el lugar y alertar sobre la visita), y tampoco debe depender del gobierno para obtener servicios profesionales de personas que trabajan para el Estado en otras calidades¹⁵.

¹² Véase el artículo 19(b) del Protocolo Facultativo.

¹³ Véanse los artículos 12(c) y 20(f) del Protocolo Facultativo.

¹⁴ Véase el artículo 18(1) del Protocolo Facultativo.

¹⁵ Para obtener mayores detalles sobre el tema de la independencia financiera, véanse las páginas 51-54 de la *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*, de la APT.

El decreto que designa a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica como MNP reconoce expresamente que "... para una efectiva y eficiente labor de la Defensoría de los Habitantes como mecanismo nacional de prevención, es necesario que se le dote de los recursos necesarios para lo cual se deberá adoptar las medidas presupuestarias correspondientes"¹⁶. En la práctica, esta disposición no se ha traducido hasta el momento en una mayor dotación presupuestaria para el MNP costarricense. De hecho, la solicitud de la Defensoría de los Habitantes para obtener tres plazas adicionales fue negada por las autoridades correspondientes, aparentemente, al no haberse justificado debidamente su necesidad referida específicamente a la función de MNP.

Si bien el MNP de Estonia, su Canciller de Justicia (Defensor del Pueblo), goza de muchos de los poderes legales contemplados en el Protocolo Facultativo, imperan las inquietudes en torno a la asignación de recursos adicionales. A raíz del examen realizado por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas del cuarto informe periódico de Estonia de noviembre de 2007, el Comité expresó dudas respecto a la capacidad la institución de desempeñar su mandato como MNP y de investigar todas las denuncias de violación a las disposiciones de la Convención. Por ello, recomendó que el Estado le proveyera recursos adicionales¹⁷.

El Comisionado de Derechos de la Ciudadanía de Polonia (Defensor del Pueblo), también designado como MNP, es una institución de gran tamaño, con un mandato amplio y recursos considerables para desarrollar su trabajo. Sin embargo, la Unidad de Derecho Penal Ejecutivo, que es la encargada de llevar a cabo el trabajo contemplado en el Protocolo Facultativo, está compuesta por unas ocho personas, de las cuales sólo cuatro o cinco realizan visitas a los lugares de detención. Al parecer, las nuevas funciones no se reflejan en la forma de nuevos recursos. No está claro de qué manera un grupo tan reducido de personas pueda físicamente visitar periódicamente todos los lugares de detención en un país de 39 millones de habitantes.

De igual modo, en un inicio había preocupación acerca de la capacidad de los tres Defensores Parlamentarios de Moldova (Defensores del Pueblo) de fungir como un MNP eficaz dados los limitados recursos económicos y humanos que les asignó el gobierno. Estas deficiencias parecen haberse corregido en alguna medida con el establecimiento de un órgano de monitoreo, el llamado Consejo Consultivo, compuesto por doce personas que colaborarán con los Defensores Parlamentarios como MNP del país. No obstante, todavía está por verse qué recursos financieros adicionales se le asignarán al MNP, sin los cuales no podrá funcionar debidamente.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de México, una de las instituciones nacionales de derechos humanos con mayores recursos a nivel

¹⁶ Decreto Presidencial n° 33568-RE-MSP-G-J, considerando n° 9, publicado el 19 de febrero de 2007. Disponible en Internet:

<http://www.apt.ch/npm/americas/CostaRica1.pdf>:

¹⁷ Documento de las Naciones Unidas CAT/C/EST/CO/4 (22 de noviembre de 2007), párrafo 11.

mundial, fue designada como MNP por el estado mexicano. Para asumir esta nueva función, la CNDH emprendió una reestructuración interna, creando una Dirección General de MNP dentro de su Tercera Visitaduría. La creación de una estructura separada, con dedicación exclusiva a las tareas del MNP y separada del área de quejas, es un prometedor primer paso. No obstante, la cantidad de personal (trece personas) es insuficiente para emprender visitas periódicas a todos los lugares de detención en un país de más de 100 millones de habitantes. La CNDH prevé por ello la colaboración con las comisiones de derechos humanos de los estados federados de México y las organizaciones de la sociedad civil, aunque también ha sostenido que no delegará funciones, en virtud de ser la única institución designada como MNP.

Estas preocupaciones también han sido externadas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT), ejerciendo su mandato al amparo del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura. Por ejemplo, en su informe sobre la visita que efectuó a Dinamarca en 2002, el CPT determinó que “en virtud del amplio mandato del Defensor del Pueblo y de los recursos a su disposición, no es realista esperar que el Defensor pueda efectuar el monitoreo periódico de las comisarías requerido por el CPT”¹⁸.

3. Lugares que deberá visitar

El Protocolo Facultativo prevé que cada MNP tenga acceso a cualquier lugar de detención (con una definición amplia del mismo) que elija visitar y a todas las instalaciones de esos lugares. Las instituciones existentes podrían tener limitaciones en cuanto al tipo de lugares que pueden visitar, lo que habría que eliminar para que funcionen como MNP a la luz del Protocolo. Una institución que no tenga el derecho legal expreso a visitar los lugares de detención que desee, no puede calificar como un MNP eficaz según lo dispuesto en el Protocolo Facultativo. Esto puede ser especialmente problemático en los Estados federales, donde la jurisdicción sobre los lugares de detención se comparte entre el gobierno central y los gobiernos regionales. En estos casos, una institución federal de derechos humanos podría no tener la potestad de visitar algunas categorías de lugares cerrados que estén fuera de la jurisdicción federal.

Las enmiendas a la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público (Defensor del Pueblo) facultándolo como MNP, son un buen ejemplo de amplitud de acceso:

1. (3) El Defensor visita sistemáticamente lugares donde haya o pueda haber personas privadas de libertad por orden de una autoridad pública o por la dependencia que tienen del cuidado que reciben, a fin

¹⁸ Informe al gobierno de Dinamarca sobre la visita realizada por el CPT al país del 28 de enero al 4 de febrero de 2002. <http://www.cpt.coe.int/documents/dnk/2002-18-inf-eng.htm>.

de protegerlas contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

(4) El alcance de las actividades del Defensor, conforme a la cláusula 3, rige para:

1. centros de custodia, encarcelamiento, cuidado institucional o preventivo o terapia de protección;
2. otros lugares donde haya o pueda haber personas privadas de libertad por orden de una autoridad pública, especialmente celdas policiales, centros de detención para extranjeros y personas que solicitan asilo;
3. sitios donde haya o pueda haber personas privadas de libertad por la dependencia que tienen del cuidado que reciben, especialmente instituciones de asistencia social y otras que presten servicios similares, centros médicos y aquellos que brinden servicios de protección social/legal a menores de edad...¹⁹

El Parlamento de Moldova reconoció que los Defensores Parlamentarios (Defensores del Pueblo) no tenían suficiente acceso a los lugares de detención como para satisfacer los requisitos del Protocolo Facultativo, por lo que en las enmiendas legislativas que los designaron como MNP, se amplió considerablemente la lista de lugares abiertos a las visitas²⁰.

El Decreto Presidencial que reconoce a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica como MNP autoriza expresamente sus visitas únicamente a los lugares de detención adscritos al Ministerio de Justicia y Gracia, y al Ministerio de Seguridad Pública, Gobernación y Policía. Esta definición de lugar de detención no sólo es más restrictiva que el texto mismo del OPCAT, sino también de la ley que crea la Defensoría y de su práctica actual. Es decir, la Defensoría tiene facultades para visitar ciertos lugares de detención en tanto Defensoría que quedan por fuera de su competencia como MNP²¹. Estas incoherencias ponen en evidencia la ambigüedad respecto de la base legal del MNP, cuando este ha sido designado mediante una norma (en el caso de Costa Rica, un decreto presidencial) de menor rango jurídico que el instrumento legal que rige la institución (una ley o la misma constitución). En estos casos, se debería interpretar cualquier conflicto de interpretación con apego a los principios plasmados en el texto mismo del OPCAT, un tratado internacional.

¹⁹ Véase la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público (349/1999 Coll.) en su forma enmendada 381/2005 Coll, vigente a partir del 1º de enero de 2006, párrafo 1(2), (3), (4), párrafos 15(1) y 21ª. Disponible en Internet: <http://www.ochrance.cz/en/ombudsman/zakon.php>.

²⁰ Véanse las enmiendas al artículo 24 en la Ley de Modificación y Complementación de la Ley No. 1349-XIII del 17 de octubre de 1997 sobre los Defensores Parlamentarios, No. 200-XVI del 26-07-2007 (Gaceta Oficial No.136-140/581 del 31-08-2007). Disponible en Internet: <http://www.apt.ch/npm/eca/Moldova2.pdf>.

²¹ Nota 15 *supra*.

En el Perú, donde la posibilidad de adjudicar la función de MNP a la Defensoría del Pueblo está bajo consideración de las autoridades competentes, la misma Defensoría ha iniciado un análisis de los cambios que serían eventualmente requeridos en caso de confirmarse su designación. Entre ellos, ha identificado un vacío referido a los lugares de detención que deberá visitar periódicamente en su función preventiva. Bajo su mandato actual, la Defensoría está tiene competencias para visitar únicamente lugares de privación de detención públicos, quedando por fuera de su mandato los lugares de detención privados previstos por el artículo 4.2 de OPCAT²².

Si comparamos detenidamente un mandato existente para visitar algunos lugares de detención y el amplio acceso exigido por el Protocolo Facultativo, encontraremos brechas. Por ejemplo, las Maldivas designaron a su Comisión de Derechos Humanos como MNP a finales de 2007. La legislación de 2006 disponía que: “Los miembros de la Comisión o las personas asignadas por la Comisión acompañadas por los miembros pueden, sin previo aviso, inspeccionar cualquier lugar donde se encuentren personas detenidas por orden judicial o por orden de un tribunal”²³. No obstante, uno de los lugares más importantes que deben visitar conforme al Protocolo Facultativo son aquellos donde las personas son custodiadas temporalmente antes de presentarse a la corte, incluyendo, sin limitarse a ello, las estaciones de policía. La falta de claridad sobre estos lugares en la legislación vigente constituye un grave vacío que solo puede corregirse mediante una enmienda legal.

4. Acceso a la información

El Protocolo Facultativo prevé que cada MNP debe tener acceso a toda la información sobre la cantidad de personas privadas de libertad, la cantidad de lugares y su localización, así como a toda la información relativa al trato que se da a estas personas y sus condiciones de detención. Las comisiones nacionales de derechos humanos y las defensorías del pueblo por lo general, pero no siempre, ya gozan de este tipo de acceso. En ocasiones, cuando estas potestades se otorgan únicamente para realizar investigaciones después de ocurridos los hechos, también deben hacerse aplicables explícitamente a las visitas de carácter preventivo (que no dependen de la presentación de una denuncia específica por parte de alguna persona en el lugar de detención)²⁴.

²² Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo de Perú, ley n° 26250, publicada el 8 de agosto de 1996, artículo 1 y 16. Disponible en Internet:

<http://www.defensoria.gob.pe/legal.html>

²³ Ley de la Comisión de Derechos Humanos, No. 6/2006, artículo 21(c), de las Maldivas. Disponible en Internet:

<http://www.hrcm.org.mv/downloads/HRCM%20Act%20English%20translation.pdf>.

²⁴ Por ejemplo, la *Ley de la Comisión de Derechos Humanos* de las Maldivas establece estos poderes para la investigación de denuncias (artículo 22) pero en el artículo 21(c) no está claro que se apliquen a las visitas preventivas.

La legislación de Nueva Zelanda, que permite la designación de instituciones existentes como MNP, es un buen ejemplo de una ley nueva promulgada para garantizar un amplio acceso al MNP. Si bien las instituciones existentes ya gozaban de distintos poderes en esta materia, era necesaria una nueva ley para eliminar cualquier posible brecha con respecto al nuevo mandato estipulado por el Protocolo Facultativo para estas instituciones²⁵.

5. Entrevistas en privado

El Protocolo Facultativo prevé que el MNP tiene derecho a hablar con cualquier persona de su elección y a entrevistarlas en privado, sin testigos y con un intérprete, si el MNP lo considerara necesario²⁶. Ésta constituye una de las potestades más importantes para el funcionamiento eficaz de un MNP. En efecto, si no se garantiza el derecho a mantener entrevistas en privado, el MNP realmente podría poner a los detenidos en un mayor riesgo de tortura u otros tratos similares, o contribuir a que las autoridades encubran sus actos. Esto obedece a que si a las personas detenidas se les pregunta sobre algún abuso en presencia de las autoridades que las custodian, estarían ante un dilema imposible –contarle al visitador acerca del abuso podría ponerlos en situación de sufrir mayor abuso, pero no contarle al visitador le permitiría al gobierno negar cualquier acto abusivo.

Muchas comisiones de derechos humanos y defensorías del pueblo ya cuentan con el poder de mantener entrevistas en privado, ya sea en la ley o en la práctica. Sin embargo, las instituciones que carecen de esta facultad básicamente no están en capacidad de fungir como MNP y no pueden calificar como MNP según el Protocolo Facultativo, a menos que dicha potestad se otorgue expresamente en una ley²⁷.

Es importante que este derecho incluya además la posibilidad en la práctica de elegir el sitio donde se realizarán las entrevistas fuera de la escucha y de

²⁵ Véase el artículo 28 de la Ley sobre Crímenes de Tortura de 1989, en su forma enmendada.

²⁶ Véase el artículo 20(d) del Protocolo Facultativo.

²⁷ Por ejemplo, el derecho a mantener entrevistas en privado con los detenidos, actualmente ausente en el Decreto Presidencial de marzo de 2006 que establece la Comisión de Derechos Humanos de Malí, es un aspecto que debe consagrarse en la legislación parlamentaria para que esa institución cumpla con los requisitos del Protocolo Facultativo. Otro ejemplo es la legislación que establece la Comisión de Derechos Humanos de las Maldivas (Ley No. 6/2006). Esta ley es un poco ambigua dado que los poderes que otorga para realizar ‘investigaciones’ ‘a puerta cerrada’ no se aplican expresamente a las visitas preventivas, lo que constituye un posible vacío que deberá cerrarse mediante una enmienda legislativa. Para consultar un caso de una institución que ya goza de esta potestad, aunque todavía no ha sido designada como MNP, véase el Estatuto de 2004 de la Proveduría de Derechos Humanos y Justicia de Timor Oriental, artículo 28 (f), disponible en Internet: <http://www.asiapacificforum.net/members/apf-member-categories/full-members/timor-leste/downloads/legal-framework/Law-2004-7.pdf>.

la mira del personal²⁸. De esta manera, el MNP puede evitar que los funcionarios del lugar de detención escuchen las conversaciones y puede seleccionar un lugar donde los detenidos se sientan cómodos y no relacionen al MNP con el personal penitenciario. Por lo tanto, al conducir entrevistas los MNP deben evitar utilizar las oficinas del director de la prisión u otros lugares similares.

En México, el Convenio de Colaboración Intersecretarial firmado entre la CNDH y las autoridades competentes con el fin de instrumentar las obligaciones del estado mexicano en virtud del OPCAT, establece que los visitadores del MNP podrán visitar cualquier lugar del lugar de detención, precisando que “el recorrido de las instalaciones se realizará en compañía de un servidor público del lugar de detención...”²⁹. Además, las entrevistas con las personas privadas de su libertad se deberán llevar a cabo en “en el lugar acordado con las autoridades competentes”³⁰. Este tipo de restricciones son incompatibles con el funcionamiento eficaz del MNP.

Igual de importante es que cualquier persona que brinde información al MNP esté segura de que no será castigada por hacerlo, requisito que se prevé en el artículo 21(1) del Protocolo Facultativo. Esta protección debe estar estipulada expresamente en la legislación nacional. Por ejemplo, el estatuto que faculta a la Proveduría de Derechos Humanos y Justicia (Defensor del Pueblo) de Timor Oriental tipifica como delito “amenazar, intimidar o influenciar de forma impropia a cualquier persona que se haya quejado o cooperado con la Proveduría o que trate de quejarse o cooperar”³¹. Las enmiendas legislativas en Moldova que designan a los Defensores Parlamentarios como MNP, básicamente incorporaron en la legislación³² el artículo 21(1) del Protocolo Facultativo. La ley de Nueva Zelanda, designa instituciones existentes como MNP, es otro excelente ejemplo de este tipo de protección³³.

²⁸ Véase *Monitoreo de lugares de detención: una guía práctica*, p. 82.

²⁹ Convenio intersecretarial firmado el 22 de junio de 2007, entre las Secretarías de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de la Defensa Nacional, de la Marina, de Seguridad Pública, Salud, la Procuraduría General de la República y la Comisión Cuarta 1 “*Modalidades y procedimientos de las visitas*”

³⁰ Nota 29 *supra*, Tercera 7 “*Visitas*”

³¹ Véase el Estatuto de 2004, artículo 49(1) (e).

³² Véase el artículo 23¹(2), nota 20 *supra*.

³³ La Ley de Crímenes de Tortura de 1989 de Nueva Zelanda, en su versión enmendada, sección 30, dicta: “Ninguna persona o agencia que haya suministrado información de buena fe a un Mecanismo Nacional de Prevención, en lo que respecta al suministro de esa información, podrá ser objeto de: (a) responsabilidad penal; (b) responsabilidad civil; (c) proceso disciplinario; (d) cambio en las condiciones de detención; (e) otras inconveniencias o perjuicios de ningún tipo (...) sin importar que la información brindada al Mecanismo Nacional de Prevención sea o no veraz”. Véase en Internet: http://www.parliament.nz/en-NZ/PB/Legislation/Bills/e/1/0/00DBHOH_BILL7201_1-Crimes-of-Torture-Amendment-Bill.htm.

6. Independencia

El Protocolo Facultativo prevé que los MNP y su personal deben gozar de independencia funcional³⁴. Esto significa que la institución no deberá estar en la misma escala de subordinación o estructura administrativa de aquellos encargados de los lugares que visitan. Esto también significa que las personas que dirigen y trabajan en el MNP no podrán ser dirigidas ni tener una afiliación política o personal con las entidades responsables de esos lugares.

Muchas comisiones nacionales de derechos humanos y defensorías del pueblo tienen en su haber una larga trayectoria de independencia del poder ejecutivo, que puede ayudar a generar confianza en los primeros años de funcionamiento del OPCAT en un país. Sin embargo, cabe señalar que lo que puede ser aceptable para un órgano que brinda asesoría en política general al gobierno (que incluya la presencia de políticos o representantes de dependencias gubernamentales) puede ser completamente incompatible con su designación como MNP. Esto constituye un aspecto bastante sensible en vista de que el trabajo de un MNP conlleva la recopilación y discusión de información delicada acerca de las personas detenidas.

Por ejemplo, en Malí, en marzo de 2006 se estableció por primera vez una Comisión Nacional de Derechos Humanos que, al parecer, también actuará como MNP. Sin embargo, la Comisión fue creada por decreto presidencial y más de una cuarta parte de sus integrantes son representantes ministeriales³⁵. Aunque esta estructura sería útil si la entidad sólo actuara como órgano asesor del gobierno, la falta de independencia que conlleva incluir a funcionarios gubernamentales significa que serán necesarias reformas significativas antes de que pueda calificar como MNP conforme a los requisitos del Protocolo Facultativo.

Es importante mencionar que a fin de mantener cualquier independencia existente de una comisión nacional de derechos humanos o defensoría del pueblo, ninguna decisión de designar a la institución como MNP a tenor del Protocolo Facultativo deberá tomarse sin consultar a la institución misma y obtener su consentimiento. Por ejemplo, el instrumento que designa a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica como MNP precisa que “el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, partiendo de la independencia funcional, administrativa y de criterio de la Defensoría, sometió a su consideración la viabilidad de asumir esta designación...” y alude a una nota formal donde la Defensoría acepta esta designación con la condición de recibir recursos adecuados³⁶. El gobierno consideró necesaria esta aceptación en virtud de la autonomía vigente de la Defensoría.

³⁴ Véase el artículo 18(1) del Protocolo Facultativo.

³⁵ Decreto Presidencial No. 6, del 6 de marzo de 2006, disponible en Internet: <http://www.apt.ch/npm/africa/Mali1.pdf>.

³⁶ Nota 15 *supra*, considerando 7

La noción de independencia implica necesariamente que la institución debe ser *considerada* un ente independiente por aquellos que va a proteger. Este aspecto de percepción de independencia está ligado a su credibilidad, un tema que se aborda más adelante.

Por otro lado, debe reconocerse que en algunos Estados la legislación que establece una comisión nacional de derechos humanos o defensoría del pueblo da la impresión en papel de que la institución es independiente cuando, en realidad, debido a las relaciones interpersonales de los encargados, la falta de recursos y otros factores, no funciona así en la práctica. Estas situaciones también son incompatibles con el amplio e importante concepto de independencia contemplado en el Protocolo Facultativo.

7. Conocimientos profesionales y composición

El Protocolo Facultativo prevé que los miembros del MNP cuenten con las aptitudes y los conocimientos profesionales necesarios para realizar visitas de carácter preventivo a los lugares de detención. La detección y documentación de la tortura y otros malos tratos, así como la evaluación general de los servicios de salud, normalmente requieren que se disponga de expertos especializados en medicina o psicología. Comprender las necesidades sociales y educativas de las personas detenidas puede ameritar la evaluación de un profesional en trabajo social o un educador. Evaluar la validez de un alegato por parte de la administración de la prisión de que ciertas medidas son necesarias por seguridad, podría requerir el conocimiento especializado de una persona con experiencia previa en trabajo policial o administración penitenciaria. Además, el conocimiento sobre lo que es adecuado para hombres adultos no bastaría para determinar lo que es adecuado para mujeres o menores de edad, por ejemplo. El OPCAT reconoce específicamente que podría resultarle difícil a los miembros del MNP pertenecientes a un género o grupo étnico específico comunicarse con eficacia o comprender las necesidades de las personas detenidas de otro género o grupo étnico³⁷. Todo esto ilustra el hecho que los miembros y el personal de los MNP que realizan las visitas y toman decisiones deben tener distintos bagajes profesionales y personales.

Algunas comisiones nacionales de derechos humanos ya cuentan con una mezcla adecuada de conocimientos profesionales y aptitudes personales. Sin embargo, muchas de ellas están compuestas principalmente por juristas y carecen de conocimientos y aptitudes importantes en otras áreas. La defensoría del pueblo casi siempre la ocupa una sola persona³⁸ que, por lo general, es asistida por un equipo de profesionales para el cumplimiento de

³⁷ Véase el artículo 18(2) del Protocolo Facultativo.

³⁸ Una excepción es el Centro de Derechos Humanos de Moldova, que incluye a tres Defensores Parlamentarios con iguales potestades y que comparten un mismo mandato (pero que no necesariamente actúan al unísono sino que son independientes uno del otro).

sus labores. Por su misma naturaleza, un único funcionario (normalmente un abogado) es quien toma las decisiones finales³⁹. Claro está que el defensor del pueblo o la comisión de derechos humanos puede recibir el apoyo de un grupo relativamente grande de profesionales, pero también puede ocurrir que falten ciertas áreas de conocimientos (por ejemplo, profesionales médicos).

Una de las posibles debilidades en la designación del Defensor del Pueblo polaco como MNP es que, evidentemente, la mayor parte de su personal tiene formación jurídica. Si bien estas oficinas están en capacidad de contratar a expertos externos, como médicos o psicólogos, no se sabe con cuánta frecuencia estas personas realmente visitan los lugares de detención. Otros ejemplos son la Defensoría del Pueblo danés (que emplea casi exclusivamente a abogados y tiene pocos expertos en derechos humanos, y ningún profesional en salud⁴⁰), y la Cancillería de Justicia de Estonia (de un total de 44 empleados, 33 son abogados y el resto administrativos)⁴¹.

Este tipo de deficiencias se tomó en cuenta al definir la legislación de Moldova que designó como MNP al Centro de Derechos Humanos, compuesto por tres Defensores Parlamentarios (Defensores del Pueblo). La ley expresamente faculta a los Defensores Parlamentarios “a incluir a especialistas y expertos independientes de distintas disciplinas, como juristas, médicos, psicólogos, representantes de la sociedad civil, en las visitas preventivas a los lugares donde haya o pueda haber personas privadas de libertad”⁴². En México, por ejemplo, la Dirección General del MNP dentro de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) está compuesta por un equipo interdisciplinario de trece profesionales, incluyendo, entre otros, un criminólogo, sociólogo y médico. Todas las visitas a lugares de detención son acompañadas por un médico.

Otro aspecto que se presenta al designar una institución existente como MNP, es que quizá al momento de contratar al personal no se previó la posibilidad de efectuar visitas periódicas a los lugares de detención. Sobre todo cuando el recurso humano es escaso y no se tiene previsto contratar personal especializado adicional como parte de la designación como MNP, el

³⁹ Esto puede parecer difícil de reconciliar con la obligación de que la INDH esté integrada por miembros que reflejen la “representación pluralista de las fuerzas sociales” establecida en el artículo 4 de los Principios de París. La Proveduría de Derechos Humanos y Justicia de Timor Oriental, dirigida por una sola persona, abordó este asunto creando provisionalmente un consejo asesor compuesto por 11 personas –mientras se enmienda la legislación de la Proveduría y se establece una estructura decisoria pluralista y de mayor tamaño– cuyos miembros provengan de distintos sectores (académico, religioso, sindicatos, comunidad jurídica).

⁴⁰ Véase RCT, Informe alternativo presentado al Comité contra la Tortura (mayo 2007), pág. 20.

⁴¹ Véase *Mental Disability Advocacy Center* (Centro para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental), “Inspect” (2006), p. 23. Disponible en: <http://www.mdac.info/conference/documents/Inspect%20report.pdf>.

⁴² Véanse las enmiendas al artículo 24, nota 20 *supra*. Del mismo modo, en Timor Oriental, la Proveduría (Defensoría del Pueblo) ha establecido un consejo asesor pluralista con representantes de las ONG, miembros del Colegio de Abogados, los medios de comunicación, catedráticos y otros expertos externos.

personal existente pudiera sentirse sumamente incómodo con el nuevo rol. La labor de proteger los derechos de las personas privadas de libertad suele ser ardua y delicada, exigiendo por ello cierto grado de vocación para su buen desempeño. Los prisioneros, los detenidos con enfermedades mentales, los inmigrantes internados, otras personas privadas de libertad y los funcionarios que operan estos lugares, van a detectar rápidamente si un visitador está temeroso o incómodo por estar ahí, y esto socavaría de forma considerable la eficacia del MNP. Este factor debe tomarse en cuenta al considerar cualquier propuesta de añadir sencillamente las responsabilidades de un MNP al trabajo del personal existente, como es el caso de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.

8. Recomendaciones formuladas por el MNP

El Protocolo Facultativo prevé que los MNP tengan derecho a hacer recomendaciones, incluidas aquéllas que hagan referencia explícita a la normativa de las Naciones Unidas (en contraposición a estar limitados a las normas nacionales) y a que sus recomendaciones sean consideradas por las autoridades competentes y se entable con ellas un diálogo acerca de las posibles medidas de aplicación⁴³. Cabe destacar que el MNP también deberá estar facultado para “hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de proyectos de ley”⁴⁴. Esta potestad deberá permitir a los MNP sugerir, cuando el caso lo amerite, que se reformen los procedimientos (reglamentos, códigos éticos de conducta) utilizados por las autoridades penitenciarias, aumentar los presupuestos y efectuar otros cambios pertinentes en las políticas.

En ocasiones, la falta de referencia a normas internacionales en la legislación que establece una institución existente puede interpretarse como que el MNP está imposibilitado de tomar en cuenta las normas de las Naciones Unidas⁴⁵.

A fin de garantizar la observancia del concepto contemplado en el OPCAT de diálogo constructivo, la legislación nacional que designa a la comisión nacional de derechos humanos o a la defensoría del pueblo puede enunciar la obligación y el procedimiento para que los funcionarios gubernamentales respondan a las recomendaciones de la institución. Por ejemplo, la ley checa que establece al Defensor de los Derechos del Público (Defensor del Pueblo), le permite, después de haber entregado sus conclusiones o recomendaciones a los funcionarios pertinentes, establecer un plazo para

⁴³ Véanse los artículos 19(b) y 22 del Protocolo Facultativo.

⁴⁴ Véase el artículo 19(c) del Protocolo Facultativo.

⁴⁵ Por ejemplo el RCT concluye que el Defensor del Pueblo danés podría no estar en posición de cumplir el artículo 19(b) debido a que “en las normas que puede considerar no se incluyen las convenciones internacionales de derechos humanos ni el ‘derecho incipiente’”. Véase RCT, Informe alternativo presentado al Comité contra la Tortura (mayo 2007), pág. 22.

que éstos respondan⁴⁶. De no recibirse una respuesta o si las medidas correctivas fuesen insuficientes, la ley autoriza al Defensor a informar a los superiores, al mismo gobierno y/o al público, incluso nombrando públicamente a los funcionarios responsables⁴⁷. Una disposición similar se incluyó en las enmiendas legislativas de Moldova que designaron a los Defensores Parlamentarios como MNP⁴⁸. El estatuto que faculta a la Proveduría de Derechos Humanos y Justicia (Defensoría del Pueblo) de Timor Oriental estipula que “El órgano al cual se remite una recomendación deberá, en un plazo de sesenta días, informar a la Proveduría en qué medida se ha aplicado o cumplido la recomendación”⁴⁹.

Sin embargo, el establecimiento de un procedimiento como este no impide realizar otro tipo de consultas informales, en vista que los objetivos generales del Protocolo Facultativo se basan en la cooperación constructiva y no en la confrontación contenciosa.

Es posible que surjan problemas cuando la legislación no disponga expresamente que el gobierno deba responder a las recomendaciones del MNP. Por ejemplo, el Decreto que establece la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Malí sólo estipula que la Comisión debe “informar” al gobierno acerca de las condiciones de detención de las personas detenidas⁵⁰, pero no dice nada acerca de la responsabilidad del gobierno de comunicarse con la Comisión para responder a la información que recibe.

El poder de hacer recomendaciones sobre la legislación o proponer leyes nuevas es un área que fácilmente se pasa por alto en el proceso de designación de un MNP. Aunque algunas comisiones nacionales de derechos humanos y defensorías del pueblo ya poseen esta facultad⁵¹, en otros casos no la tienen o todavía no la tienen⁵² y debe incorporarse.

⁴⁶ Véase la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público, sección 21a, nota 19 *supra*.

⁴⁷ Véase la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público, secciones 21a y 20(2), nota 19 *supra*.

⁴⁸ Véase el artículo 27(1¹), nota 20 *supra*.

⁴⁹ Véase el Estatuto de 2004 de la Proveduría de Derechos Humanos y Justicia, artículo 47(3).

⁵⁰ El Decreto Presidencial de marzo de 2006 utiliza la frase « *informer régulièrement le gouvernement sur la situation carcérale des détenus* » (informar periódicamente al gobierno sobre la situación carcelaria de los detenidos), nota 32 *supra*.

⁵¹ El artículo 142 de la Constitución de Estonia le otorga al Canciller de Justicia (designado como MNP) la autoridad de comentar y hacer propuestas sobre la legislación y, en forma extraordinaria, la autoridad de solicitar a la Corte Suprema el rechazo de cualquier ley que éste considere inconstitucional y cuya recomendación no haya sido acatada. Véase también la sección 22 de la ley checa: “(1) El Defensor está autorizado para recomendar la promulgación, enmienda o anulación de una regulación legal u orden interna. Estas recomendaciones deben presentarse a la autoridad en cuestión y, si el asunto se refiriese a una orden, decreto gubernamental o ley, al mismo Gobierno. (2) La autoridad en cuestión está obligada a responder a las recomendaciones estipuladas en la cláusula 1 *supra* en un plazo de sesenta días”. El artículo 24(e) del Estatuto de 2004 de la Proveduría de Derechos Humanos y Justicia de Timor Oriental, faculta a la Proveduría a “recomendar la

9. Publicación de informes

El Protocolo Facultativo prevé que los MNP estén facultados para elaborar un informe anual público, que el Estado Parte está obligado a publicar y difundir⁵³. Por ejemplo, la sección 23 de la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público (Defensor del Pueblo) estipula:

(1) El Defensor deberá presentar un informe anual escrito a la Cámara de Diputados antes del 31 de marzo de cada año sobre las actividades realizadas en el último año; este informe constituirá una publicación parlamentaria. El informe también deberá enviarse al Senado, al Presidente de la República, al Gobierno y otras autoridades administrativas con jurisdicción sobre todo el territorio de la República Checa; el informe será publicado de manera adecuada.

(2) El Defensor informará al público de manera periódica sobre las actividades que realice a tenor de esta ley y sobre cualquier recomendación que formule como resultado de sus actividades. El Defensor hará públicos los informes sobre las visitas a instalaciones, incluidas las reacciones recibidas e informes seleccionados de investigaciones efectuadas sobre casos particulares, según proceda; (...).

Independientemente que hayan sido designadas como MNP en virtud del Protocolo Facultativo, la mayoría de las comisiones nacionales de derechos humanos o defensorías del pueblo están obligadas a elaborar un informe anual de actividades y presentarlo al Parlamento. Para muchas de las defensorías del pueblo designadas como MNP, no está claro en el texto del OPCAT que deban publicar un informe separado sobre todas las materias relativas a su rol como MNP, o si un único informe consolidado de actividades bastaría para cumplir con las disposiciones del artículo 23 del OPCAT.

Con la finalidad de asegurar que este ejercicio contribuya a entablar el diálogo constructivo que el MNP se esforzará por establecer con las autoridades a cargo de los regímenes de detención, el contenido del informe tendrá precedencia sobre la forma. Es cierto que, como la mayoría de las defensorías del pueblo tienen mandatos bastante amplios, un informe que no cumpla con las exigencias del OPCAT podría dar como resultado que aspectos relacionados con la detención se diluyan, situación que no ayudaría mucho a inducir discusiones de fondo sobre el seguimiento que debe darse a las conclusiones y recomendaciones contenidas en el informe. El MNP de

adopción de nuevas leyes y proponer la enmienda de leyes en vigencia y la adopción o enmienda de medidas administrativas”.

⁵² Por ejemplo, el RCT ha llegado a la conclusión que el Defensor del Pueblo Danés no posee los plenos poderes previstos en el artículo 19(c) del Protocolo Facultativo. Véase RCT, Informe alternativo presentado al Comité contra la Tortura (mayo 2007), págs. 21-22.

⁵³ Véase el artículo 23 del Protocolo Facultativo.

México ha publicado su primer informe anual de actividades, separado del informe anual 2007 de actividades de la CNDH.

Ciertamente, sea cual fuere el formato del informe, si una defensoría del pueblo debe limitar la descripción de su trabajo como MNP a la lista de los lugares de detención visitados durante el año, se perdería la oportunidad de dialogar con las autoridades sobre la naturaleza de los cambios requeridos en las políticas, la legislación o los procedimientos administrativos.

10. Prerrogativas e inmunidades

Los MNP tienen derecho a una gama de prerrogativas e inmunidades que necesitan para realizar eficazmente su trabajo⁵⁴. Algunos ejemplos claves son el derecho a mantener la confidencialidad de la información que recaba, incluyendo que ésta no podrá revelarse ni siquiera a las autoridades de gobierno⁵⁵, y la inmunidad contra el arresto o la detención por actuaciones relacionadas con su trabajo como MNP, así como la inmunidad contra el procesamiento o enjuiciamiento civil por tales actos⁵⁶.

Las defensorías del pueblo y, en algunos casos, las comisiones de derechos humanos, suelen gozar ya de estas garantías e inmunidades. Por ejemplo, la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público (Defensor del Pueblo)⁵⁷ estipula lo siguiente:

7.(1) No se podrá iniciar un procedimiento penal contra el Defensor sin el consentimiento de la Cámara de Diputados [Parlamento]. De negarse la Cámara de Diputados a dar su aprobación, será imposible realizar tal acción contra el Defensor durante la vigencia de su mandato.

...

7.(4) Los órganos administrativos del Estado, incluidos aquellos responsables de los procesos penales, tienen autorización para consultar o trasladar los archivos del Defensor sólo por orden judicial y con la autorización del Defensor. Si el Defensor se negara, sería necesaria la autorización del Presidente de la Cámara de Diputados.

Del mismo modo, la Constitución de la República de Estonia, que ha designado a su Canciller de Justicia (Defensor del Pueblo) como MNP, estipula que “Los cargos penales podrán ser presentados al Canciller de Justicia únicamente mediante propuesta del Presidente de la República, y con la aprobación de la mayoría de los miembros del Riigikogu

⁵⁴ Véase el artículo 35 del Protocolo Facultativo.

⁵⁵ Véase el artículo 21(2) del Protocolo Facultativo.

⁵⁶ Véanse las páginas 47-50 de la *Guía para el Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*, de la APT.

⁵⁷ Véase la ley checa sobre el Defensor de los Derechos del Público (349/1999 Coll.), nota 19 *supra*.

[Parlamento]”⁵⁸. El artículo 211 de la Constitución de Polonia establece que su MNP, el Comisionado de Derechos de la Ciudadanía, “no podrá ser acusado penalmente ni privado de libertad sin el consentimiento previo del [Parlamento]”. Se estipula, además, que el Comisionado “no será detenido ni arrestado, excepto cuando se le atrape cometiendo un delito y sea necesaria su detención para garantizar el buen curso del procedimiento penal”. En tal caso, “se notificará al Marshal (Presidente) del [Parlamento] (...) quien podrá ordenar su inmediata liberación”.

Sin embargo, en los casos en que los miembros de una comisión de derechos humanos o defensoría del pueblo existente todavía no posean estas garantías e inmunidades, deberán incorporarse a la legislación que los designa antes de que puedan cumplir con los requisitos de un MNP en virtud del Protocolo Facultativo.

Asimismo, cuando se considere que las visitas estarán a cargo del personal de la institución y sólo al defensor del pueblo o a los miembros de la comisión⁵⁹ se les concedan las prerrogativas e inmunidades, será necesario reconocer que para cumplir con los designios del Protocolo Facultativo y para que el MNP sea eficaz en su gestión, las garantías e inmunidades deben extenderse a las personas que realmente realizarán las visitas.

11. Credibilidad

Incluso un mecanismo nacional de prevención que tenga, en el papel, todos los poderes y mandatos necesarios para un MNP, y tenga acceso a todos los recursos económicos, humanos y logísticos requeridos para efectuar las visitas, no calificará como un MNP eficaz a la luz del Protocolo Facultativo si carece de credibilidad a los ojos de los detenidos, la sociedad civil, las autoridades y el público en general. Esta constituye en gran medida una característica intangible de una comisión nacional de derechos humanos o una defensoría del pueblo, que sólo puede valorarse mediante un extenso proceso consultivo con todas las partes interesadas, que permita que las opiniones de los actores no gubernamentales puedan expresarse en un clima de confianza.

Una forma de reforzar la credibilidad e incorporar a más profesionales en una comisión de derechos humanos o defensoría del pueblo que funja como MNP, es disponer expresamente que comparta sus responsabilidades con la sociedad civil. Sin embargo, este tipo de relación o asociación con la sociedad civil deberá ser real y de fondo, no basta con una participación “simbólica”.

Por ejemplo, al adherirse al Protocolo Facultativo, Eslovenia emitió una declaración formal, manifestando que: "De conformidad con el artículo 17 del

⁵⁸ Artículo 145, Constitución de Estonia, disponible en Internet: <http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php>.

⁵⁹ Como en el caso de Costa Rica, donde se planea hacer esto.

Protocolo, la República de Eslovenia declara que las competencias y los deberes del mecanismo nacional de prevención los ejercerá el Defensor de los Derechos Humanos y, en concordancia con él/ella, también las organizaciones no gubernamentales inscritas en la República de Eslovenia y las instituciones que hayan adquirido la condición de organizaciones humanitarias en la República de Eslovenia". En enero de 2008, las ONG eslovenas fueron invitadas públicamente a postular para participar en el MNP en cooperación con el Defensor. Dos ONG⁶⁰ que ya tienen experiencia en el monitoreo de lugares de detención (incluyendo las instituciones psiquiátricas), fueron seleccionadas por el Defensor. Se prevé que las ONG cooperarán con el Defensor en la parte del mandato de MNP referida a las visitas a los lugares de detención. Si bien se contempla en un primer momento que las visitas se hagan de manera conjunta, se considerará luego la posibilidad de realizar visitas de manera individual. Sin embargo, la Defensoría es la única institución que tiene el poder de autorizar las visitas. Los miembros de las ONG participando en el MNP estarán también involucrados en la redacción de los informes de visitas y de las recomendaciones⁶¹.

A los Defensores Parlamentarios (Defensores del Pueblo) de Moldova también se les ha encomendado desempeñar su trabajo como MNP en colaboración con la sociedad civil. Las enmiendas legislativas para designarlos como MNP estipulan que deben "incluir a especialistas y expertos independientes de distintas disciplinas, como juristas, médicos, psicólogos, representantes de la sociedad civil, para realizar visitas preventivas a los lugares donde haya o pueda haber personas privadas de libertad"⁶². Asimismo, se establece un Consejo Consultivo que apoyará a los Defensores en su rol como MNP y que incluirá a representantes de la sociedad civil⁶³.

En Moldova, aún no se ha definido qué forma tomará esta colaboración en la práctica.

España es otro buen ejemplo. El gobierno español ha anunciado públicamente que su MNP será un modelo "mixto" en el que intervendrá la Defensoría del Pueblo y la sociedad civil. Por su parte, la Defensoría también ha propuesto públicamente su designación como MNP. Sin embargo, la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, una plataforma de ONG creada para promover el OPCAT, ha cuestionado abiertamente la designación del Defensor del Pueblo (más bien aboga por crear un nuevo

⁶⁰ Se trata del Instituto de la Paz (Mirovni institute) y del Centro de Información Legal para las ONG (Pravno-informacijski center nevladnih organizacij-PIC).

⁶¹ Para mayor información sobre el modelo esloveno y la participación de la sociedad civil, consulte el *Informe sobre la Situación de los MNP por País*, de la APT, en www.apt.ch/npm.

⁶² Véanse las enmiendas al artículo 24, nota 20 *supra*.

⁶³ Véase el artículo 23²(1), Op. Cit.

MNP) y ha manifestado su inquietud de que su participación en este modelo vaya a ser meramente simbólica⁶⁴.

México es otro ejemplo emblemático. La designación de la CNDH fue públicamente cuestionada por organizaciones de la sociedad civil, que consideraban que esta decisión no tomaba debidamente en cuenta la recomendación, emanada de un proceso de consulta de dos años, que la envergadura del MNP mexicano requería que la función fuera ejercida por la CNDH, comisiones estatales y organismos de la sociedad civil, con un ente coordinador. El MNP mexicano ha iniciado así su labor con la credibilidad mermada, misma que deberá construir con base en sus logros y en articulación con actores relevantes.

Por otro lado, en el Perú, sondeos han revelado que la Defensoría del Pueblo es una de las instituciones públicas con mayor credibilidad social en el país. Además, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú, después de analizar las opciones sobre el MNP más idóneo para las particularidades del contexto peruano, concluyó que la Defensoría del Pueblo debería asumir la tarea y emprendió una campaña pública en su favor. La decisión final respecto de la designación ahora está bajo consideración de las autoridades competentes del Gobierno. Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha afirmado que, en caso de ser designada MNP, colaborará con los actores relevantes, pero que mantendrá su autonomía tanto respecto del Estado como de la sociedad civil.

En el caso de Bolivia, donde aún no se ha definido la institucionalidad del futuro MNP, una de las propuestas con mayor aceptación es una conformación “mixta”, es decir, con participación de la Defensoría del Pueblo y de la sociedad civil. Notablemente, es la misma Defensoría que promueve este modelo, reconociendo que el aporte de sectores de la sociedad civil mejoraría no sólo sus capacidades, sino también su nivel de legitimidad ante las personas privadas de libertad y la sociedad boliviana en general.

Conclusión

Toda decisión respecto a la designación de una comisión nacional de derechos humanos o una defensoría del pueblo como MNP en virtud del Protocolo Facultativo, solo deberá tomarse luego de una valoración exhaustiva y realista de las ventajas y desventajas de la institución en particular en un determinado contexto⁶⁵. Estos tipos de instituciones

⁶⁴ Para obtener mayores detalles, consulte <http://www.apr.ch/content/view/full/120/5/lang,en/> y el *Informe sobre la Situación de los MNP por País*, de la APT, en www.apr.ch/npm.

⁶⁵ Varios Estados (Chile e Italia, por ejemplo) que han prometido crear una INDH han expresado su deseo de combinar este proceso con el de la designación de un MNP en virtud del Protocolo Facultativo. Si bien puede tener sentido práctico establecer una INDH con los poderes y las garantías de un MNP –en lugar de crear dos entidades aparte– cabe recordar que los elementos descritos en este documento

normalmente cuentan con sólidas garantías constitucionales o legales de independencia. Sin embargo, también suelen llevar consigo mandatos existentes bastante amplios, lo cual puede socavar el trabajo especializado e intenso que conlleva visitar lugares de detención de forma sistemática y preventiva.

En términos generales, es un error suponer que cualquier comisión de derechos humanos o defensoría del pueblo podría actuar eficazmente como MNP con el presupuesto, la estructura y los métodos de trabajo existentes. Casi siempre van a requerir de recursos económicos, humanos y logísticos adicionales.

Las instituciones que no fueron designadas como MNP tomando en consideración las disposiciones del Protocolo Facultativo, suelen carecer del acceso irrestricto a todos los lugares de detención del país que exige el Protocolo, y esta es otra área donde son necesarias enmiendas legislativas de fondo. Si la institución aún no tiene el derecho a mantener entrevistas en privado con las personas de su elección, sencillamente no puede funcionar eficazmente como MNP y pone en mayor riesgo de abuso a las personas detenidas. En la ley sobre las instituciones existentes a menudo está ausente el derecho de los detenidos y de otras personas a no sufrir represalias por cooperar con el MNP, y esto debe formar parte de toda ley de establecimiento y designación de un MNP.

Las comisiones de derechos humanos y las defensorías del pueblo a menudo cuentan con una buena cantidad de profesionales en el campo legal, pero no disponen de médicos, psicólogos, trabajadores sociales o expertos en aplicación de la ley, entre otros. Es necesario estudiar detenidamente la gama de potestades de una institución existente para hacer recomendaciones y el derecho a recibir una respuesta a las mismas por parte de los funcionarios gubernamentales, a fin de determinar si son compatibles con las exigencias del Protocolo Facultativo. En este sentido, casi siempre se pasa por alto el mandato de un MNP de comentar y proponer leyes, sin embargo, esto es requerido por el Protocolo.

En el ejercicio de sus funciones, los defensores del pueblo normalmente gozan de protección contra el arresto y procesamiento y, en algunos casos, contra la incautación de documentos. En el caso de los miembros de las comisiones de derechos humanos, esto quizá sea menos frecuente. Pero, en todo caso, lo importante es que estas prerrogativas e inmunidades, esenciales para la eficacia funcional de un MNP, sean otorgadas por ley.

Por último, cabe recordar que no importa cuán completas y sólidas puedan parecer la independencia, las potestades y las prerrogativas concedidas a una institución en la ley que la establece, un MNP nunca será eficaz si no goza de credibilidad a los ojos de los detenidos, funcionarios públicos y la sociedad en general. Una forma de reforzar la credibilidad de un MNP es que

rigen por igual tanto para las INDH en proceso de creación como para las ya establecidas.

contemple explícitamente la participación real de la sociedad civil en su gestión.

Después de una valoración minuciosa de las ventajas y desventajas de que una institución existente funja como MNP, los encargados de tomar las decisiones, la sociedad civil y las mismas instituciones deberán entablar un diálogo sincero e imparcial acerca de si las funciones del MNP conforme al Protocolo Facultativo pueden desempeñarlas mejor una institución nueva o una existente. Aunque hubiese acuerdo en que una institución existente ofrece la mejor opción, los gobiernos aún así deben estar preparados para efectuar enmiendas legislativas, asignar los recursos necesarios e introducir cambios en la estructura interna a fin de que la institución pueda llevar a cabo las nuevas funciones.