

Bogotá, D. C., 9 de junio de 2023

Senador

ANTONIO JOSÉ CORREA JIMÉNEZ

Vicepresidente

Comisión Segunda Constitucional Permanente

Senado de la República

Asunto: Informe de ponencia para primer debate. Proyecto de Ley N° 276 de 2023 Senado.

Respetado vicepresidente,

De conformidad con la designación realizada por la Mesa Directiva de la Comisión Segunda del Senado de la República, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5 de 1992, de la manera más atenta nos permitimos rendir ponencia positiva para primer debate al Proyecto de Ley N° 276 de 2023 – Senado *“Por medio de la cual se aprueba el «Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas”*.

Cordialmente,

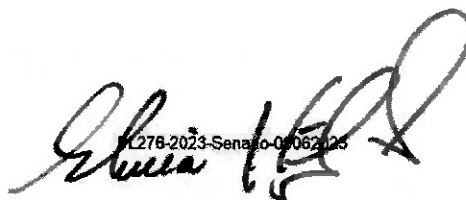


Jael Quiroga Carrillo

Coordinadora Ponente
Senadora de la República



Iván Cepeda Castro
Senador de la República



Gloria Inés Flórez Schneider
Senadora de la República

Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley N° 276 de 2023 - Senado

“Por medio de la cual se aprueba el «Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

La presente ponencia se estructura con los siguientes elementos:

- I. Antecedentes del proyecto de ley
- II. Objeto del proyecto de ley
- III. Marco internacional del instrumento sometido a aprobación
 3. 1. Nota aclarativa sobre los protocolos facultativos
 3. 2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura
 3. 3. La prohibición de la tortura en el derecho internacional: carácter, concepto y elementos
- IV. Análisis del instrumento sometido a aprobación: Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura OPCAT
 4. 1. El novedoso modelo del OPCAT: enfoque preventivo y sistema de doble pilar
 4. 2. Visitas a los lugares de detención
 4. 3. El Subcomité para la Prevención de la Tortura
 4. 4. Los Mecanismos Nacionales de Prevención
 4. 5. Otras disposiciones del OPCAT
- V. Relevancia y utilidad del OPCAT para Colombia
 5. 1. La tortura como método de sometimiento de la población carcelaria
 5. 2. Situación carcelaria en Colombia
 5. 3. Tortura y tratos crueles en centros de reclusión temporal durante las protestas sociales
- VI. Análisis de impacto fiscal
- VII. Constitucionalidad
- VIII. Conflictos de Interés
- IX. Proposición
- X. Texto propuesto para Primer Debate

I. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

El Proyecto de Ley N° 276 de 2023 fue radicado el día 7 de febrero del presente año ante la Secretaría General del Senado de la República, por el Ministro de Relaciones Exteriores, Álvaro Leyva Durán, y el Ministro de Justicia y del Derecho, Néstor Iván Osuna Patiño, y fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 12 de 2023.

Por tratarse de un proyecto de ley aprobatorio de un tratado o convenio internacional, y conforme a la distribución definida en el artículo 2º de la Ley 3 de 1992, fue repartido a la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado.

Para el primer debate fuimos designados como ponentes los senadores Iván Cepeda Castro, Gloria Inés Flórez Schneider, y Jael Quiroga Carrillo en calidad de coordinadora, mediante el oficio CSE-CS-0040-2023, del 28 de febrero de 2023.

II. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley N° 276 de 2023 busca aprobar el “Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, conocido extendidamente como “OPCAT” por sus siglas en inglés [**O**ptional **P**rotocol to the **C**onvention **A**gainst **T**orture and other **C**rueI, **I**nhuman or **D**egrading **T**reatment or **P**unishment], adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2002, mediante Resolución A/RES/57/199. A efectos de brevedad en el lenguaje, en adelante nos referiremos a este instrumento como “OPCAT”, “Protocolo facultativo”, o simplemente “Protocolo”.

Como es usual en las iniciativas aprobatorias de un tratado internacional, este proyecto de ley consta de tres artículos: el primero, dispone la aprobación del OPCAT; el segundo, precisa que el Protocolo solo obligará a Colombia a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional; y el tercero, establece la vigencia de la ley desde su publicación. La exposición de motivos incluye (i) una reseña de los antecedentes del proyecto, en la que se resaltan las obligaciones internacionales de Colombia emanadas de la Convención contra la Tortura y la Declaración Universal de los Derechos Humanos; (ii) un resumen del contenido del OPCAT; y (iii) unas observaciones sobre la importancia del Protocolo para prevención de la tortura, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

El proyecto de ley se acompaña del texto completo e íntegro del OPCAT, compuesto por un preámbulo y 37 artículos, distribuidos en siete partes. Este Protocolo es un tratado

internacional complementario a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, que busca hacer efectiva la prohibición de la tortura mediante un enfoque basado en la *prevención*, a través de la instauración de un sistema de visitas periódicas a los lugares de detención por parte de entidades independientes. Los Estados que ratifiquen el OPCAT se comprometen con dos obligaciones principales: cooperar con el componente internacional – el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura-, y designar uno o varios mecanismos nacionales de prevención. Estos órganos, el internacional y los nacionales, tienen amplias facultades para acceder a los lugares de privación de libertad, y pueden presentar informes y recomendaciones a las autoridades para mejorar las condiciones y el trato en la detención. Estas características se detallan en el acápite IV. de la presente ponencia.

El OPCAT fue adoptado el 18 de diciembre de 2002 y entró en vigor el 22 de junio de 2006. A la fecha cuenta con 92 Estados Partes. Al constituirse en un texto complementario a un instrumento internacional ya existente, el OPCAT únicamente puede ser ratificado por los Estados Partes de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas.

III. MARCO INTERNACIONAL DEL INSTRUMENTO SOMETIDO A APROBACIÓN

3. 1. Nota aclarativa sobre los protocolos facultativos

En el derecho internacional se conoce como *protocolo facultativo* o *protocolo opcional*, al texto que adiciona un tratado internacional -que puede llamarse Carta, Convención, Pacto o Convenio- introduciendo disposiciones no contempladas en el tratado original al cual se refiere, pero que lo complementan. Un protocolo facultativo puede ser adoptado al mismo tiempo o con posterioridad al instrumento principal. Se dice que es facultativo u opcional, porque su contenido no es obligatorio para los Estados que han ratificado el tratado original (los “Estados Partes”), sino que queda sujeto a la decisión de éstos ratificarlo o no. Por ello el procedimiento de entrada en vigor de un protocolo facultativo es autónomo al del tratado que complementa¹.

¹ En la terminología de Naciones Unidas, “Protocolo” se emplea para designar acuerdos menos formales que los tratados, convenciones o convenios, y abarca varios tipos de instrumentos: protocolo facultativo, protocolo de enmienda, protocolo de firma, etc. Naciones Unidas, Centro de Documentación, *Definiciones de términos para la base de datos sobre declaraciones y convenciones*, <https://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>

Son muchos los instrumentos de derechos humanos, tanto en ámbito universal como en los sistemas regionales, que han sido complementados por protocolos facultativos o adicionales, con diferentes propósitos. Por ejemplo, algunos han sido adoptados para instituir un mecanismo de supervisión adicional, como es el caso del “Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos” de Naciones Unidas, que permite al Comité de Derechos Humanos recibir y considerar denuncias de particulares que aleguen violaciones de sus derechos humanos. También se adoptan para adicionar un texto que complemente o aclare las insuficiencias normativas del tratado original, como es el caso del “Protocolo de San Salvador de 1988 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que adiciona con esa categoría de derechos las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, referida a derechos civiles y políticos. Así, un protocolo facultativo o adicional permite actualizar un tratado internacional, extender su alcance o consolidar sus mecanismos, sin necesidad de modificar el texto original.

3. 2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura

El Protocolo facultativo sometido a ratificación es un instrumento complementario a la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” de Naciones Unidas. La Convención fue adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984, entró en vigor el 26 de junio de 1987, y a la fecha cuenta con 173 Estados Partes, incluyendo Colombia, que la incorporó al ordenamiento interno mediante la Ley 70 de 1986.

La Convención contra la Tortura es un tratado de la máxima relevancia, pues es el instrumento vinculante más completo del derecho internacional dedicado a prohibir este crimen en cualquier circunstancia. En efecto, la definición de *tortura* plasmada en su texto es la reconocida a nivel internacional (como se precisa en el siguiente apartado), y sus principios siguen siendo ampliamente aceptados.

Los Estados que han ratificado la Convención se obligan a tomar “medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción” (artículo 2.1). En particular, deberán asegurar que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal interna – incluyendo la tentativa de cometerla, y cualquier tipo de complicidad o participación-, para que sean castigados con penas adecuadas (artículo 4). También se obligan a mantener bajo examen sus normas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas privadas de la libertad, a fin de

evitar todo caso de tortura (artículo 11). En el mismo sentido, deberán velar por educar e informar sobre la prohibición de la tortura al personal civil o militar encargado de aplicar de la ley (artículo 10).

La Convención estipula que el derecho a no ser torturado constituye un derecho inderogable, pues “[e]n 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”, y tampoco podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como fundamento para cometerla (artículos 2.2 y 2.3). A su vez, prescribe que quienes cometan actos de tortura serán llevados a juicio, en cualquier lugar; y que las víctimas de tortura tienen derecho a rehabilitación y compensación.

Finalmente, establece un “Comité contra la Tortura”, integrado por diez expertos independientes de reconocida competencia en materia de derechos humanos, como el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de dicha Convención. Para llevar a cabo esta supervisión, el Comité cuenta con varios procedimientos:

- (i) *Informes periódicos*, que deben presentar los Estados Partes sobre la forma en que aplican los derechos amparados por la Convención contra la Tortura; el Comité examina cada informe y remite al Estado Parte sus preocupaciones y recomendaciones en forma de “Observaciones Finales” (artículo 19).
- (ii) *Investigaciones confidenciales*, que puede efectuar el Comité cuando haya recibido información fiable que parezca indicar que determinado Estado Parte se practica sistemáticamente la tortura (artículo 20).
- (iii) *Denuncias entre Estados*, que habilitan al Comité para recibir y examinar una comunicación en la que un Estado Parte sostenga que otro no cumple las obligaciones de la Convención (artículo 21).
- (iv) *Comunicaciones individuales*, que permiten al Comité recibir y examinar denuncias de personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte a las disposiciones de la Convención (artículo 22).

Sin ánimo de profundizar en las características de los mecanismos de supervisión de la Convención contra la Tortura, es pertinente referir dos asuntos relevantes para el estudio del proyecto de ley que nos ocupa: primero, en relación con los procedimientos de *denuncias entre Estados* (artículo 21) y de *comunicaciones individuales* (artículo 22), se aclara que su

aplicación está supeditada a que los Estados reconozcan mediante una declaración esa competencia específica del Comité; recalcando que Colombia no ha realizado dicha declaración y, por tanto, no cuenta con ninguno de estos dos mecanismos.

Segundo, a pesar de las amplias facultades del Comité contra la Tortura y del marco jurídico que la Convención logró consolidar, es importante observar que todos sus procedimientos de monitoreo intervienen en las violaciones *a posteriori*, es decir, una vez que se han consumado o se ha recibido una comunicación alegándolas. Así pues, si bien el Comité contra la Tortura puede efectuar visitas a un Estado Parte, solo puede hacerlo si ha recibido previamente indicaciones fundadas de que la tortura está siendo practicada de manera sistemática y si ha recibido el previo consentimiento del Estado. Por ello fue promovida la adopción de un instrumento adicional a la Convención, que ofreciera mecanismos capaces de *prevenir* la tortura, en vez de simplemente *reaccionar* a su comisión por parte del Estado. Tal vocación preventiva, es el propósito que inspira y caracteriza el Protocolo Facultativo que se somete a aprobación.

3. 3. La prohibición de la tortura en el derecho internacional: carácter, concepto y elementos

Al lado de la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas, la prohibición de la tortura y los tratos crueles está estipulada en otros múltiples instrumentos internacionales de carácter universal y regional. Entre los más importantes podemos referir la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que enuncia de forma inequívoca: “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 5). Tal prohibición ha sido reiterada en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (artículo 7), en los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de conflictos armados de 1949 (artículo 3 común, puntualmente 3.1-a y 3.1-c), en la Convención relativa a los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 (artículos 37 y 39); y, en nuestro sistema regional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 5) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, entre otros. Con razón, el otrora Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura, Peter Kooijmans, señaló desde 1991 que “difícilmente se encontrará una norma jurídica internacional tan extensamente aclamada como la prohibición de la tortura; y difícilmente se encontrará un derecho humano protegido con mayor consistencia por una red de instrumentos y mecanismos internacionales”².

² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, *Informe ante la Comisión de Derechos Humanos en su 48º período de sesiones*, 27 de diciembre de 1991 (E/CN.4/1992/17), parágrafo 275.

46

Por ello, desde hace varias décadas, la doctrina y la jurisprudencia internacional, coinciden en considerar la prohibición de la tortura como una regla de derecho internacional de carácter general e imperativo, que no permite ningún tipo de derogación -sea en tiempos de paz o de guerra, ni so pretexto de peligro inminente que amenace la existencia de un Estado-, y que no admite acuerdo en contrario. Reconocida así como regla de *ius cogens*, la prohibición absoluta de la tortura constituye entonces una obligación internacional que pesa sobre los hombros de cualquier funcionario del Estado, independientemente de que éste haya o no ratificado convenios de derechos humanos³.

Si bien todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario de carácter general replican la prohibición de la tortura y los tratos crueles, sus textos no la definen. Para precisar el concepto y los elementos constitutivos de la tortura es preciso acudir a los instrumentos específicos, tanto del sistema internacional, como sus equivalentes en los sistemas americano y europeo. Al respecto, la definición de *tortura* que cuenta con el mayor grado de aceptación internacional, corresponde precisamente a la contenida en el artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, a saber:

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

De este artículo se coligen tres elementos fundamentales que definen la tortura: (i) debe tratarse de dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o psicológicos; (ii) deben infligirse a la

³ Una norma imperativa de derecho internacional general o de *ius cogens*, “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Este tipo de normas “reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables”. Naciones Unidas, Asamblea General, 74º período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10) - *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* [Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)].

víctima con una intención deliberada, y; (iii) deben ser infligidos por funcionarios públicos o por una persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación de estos o con su consentimiento o aquiescencia⁴. Este concepto también contiene una lista no exhaustiva de los distintos motivos o fines para los cuáles se cometen actos de tortura, precisando que es solo indicativa, pues agrega “cualquier razón” basada en móviles discriminatorios. Por último, el artículo aclara que no se consideran tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas⁵.

No sobra recalcar que, aun cuando las definiciones de la tortura acogidas en los instrumentos regionales o en las legislaciones nacionales puedan diferir en algunos elementos o matices, tales como el móvil o la calificación del sujeto activo, de cara a la interpretación y aplicación del Protocolo Facultativo sometido a aprobación, se debe observar la noción plasmada en la Convención de Naciones Unidas contra la tortura.

IV. ANÁLISIS DEL INSTRUMENTO SOMETIDO A APROBACIÓN: PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA - OPCAT

El texto del Protocolo Facultativo objeto del presente trámite legislativo, se compone de un preámbulo y 37 artículos, divididos en siete partes, así:

- El *Preámbulo* recuerda que los Estados Partes en la Convención contra la Tortura se encuentran ya obligados a prevenir la tortura y los tratos crueles, y reconoce la

⁴ Esto no significa que los particulares y demás personas que no tengan estatus de funcionarios públicos, no puedan 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 Facultativo que nos ocupa, sino de las legislaciones penales internas. Así, por ejemplo, la tipificación de la tortura en Colombia, incluida en el artículo 178 del Código Penal, acude a un sujeto activo indeterminado, sin exigir que se trata de un funcionario público: “*Artículo 178. Tortura.* El que inflija a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses [...]”.

⁵ A diferencia de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no son objeto de una definición precisa en la Convención contra la Tortura, ni en otro instrumento de derechos humanos. La Convención contra la Tortura se refiere simplemente a actos que no caen dentro de la definición de la tortura del Artículo 1. Ello puede generar cierta incertidumbre para distinguir el momento en que se está en presencia de otras formas de malos tratos del momento en que se está en presencia de actos de tortura. Es la razón por la cual los actos distintos de la tortura han sido ampliamente definidos por la jurisprudencia de órganos universales y regionales de derechos humanos, considerando que estos actos pueden ser distinguidos de la tortura como tal cuando han sido infligidos sin ninguna finalidad específica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un manual para la prevención* / San José, C.R.: IIDH, 2004, pág. 23.

necesidad de contar con nuevas medidas de carácter preventivo para alcanzar esos objetivos, en particular con miras a “fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad”.

- La *Parte I* comprende 4 artículos referidos a los objetivos principales del Protocolo, los mecanismos previstos y las obligaciones de carácter general que los Estados se comprometen a respetar.
- La *Parte II* se compone de 6 artículos en los que se establece la creación de un nuevo órgano internacional, el “Subcomité para la Prevención de la Tortura”, y se describe a detalle su composición y funcionamiento.
- La *Parte III* precisa en 6 artículos el mandato del referido Subcomité para la Prevención, y las garantías que le permitirán llevarlo a cabo de manera eficaz.
- La *Parte IV* se compone de 7 artículos referidos a la obligación de los Estados Partes de instituir uno o varios mecanismos nacionales de prevención. A su vez se detalla el mandato, las garantías y competencias que deben reconocérseles a dichos mecanismos.
- La *Parte V* contiene un solo artículo que otorga a los Estados Partes la posibilidad de eximirse provisionalmente de las disposiciones contempladas en la Parte III o en la Parte IV a través de una Declaración.
- La *Parte VI* contiene dos artículos sobre disposiciones financieras para el funcionamiento del Subcomité. Incluye la creación de un Fondo Especial para ayudar a los Estados a implementar las recomendaciones efectuadas como resultado de las visitas del Subcomité, así como para apoyar programas de capacitación a los mecanismos nacionales de prevención.
- La *Parte VII* comprende 11 artículos de disposiciones finales relativas a la entrada en vigor del Protocolo, el procedimiento de denuncia o enmienda, la prohibición de las reservas, y la necesidad de encontrar fórmulas de cooperación con otros órganos.

En lo que sigue de este acápite presentamos una reseña analítica de este articulado, haciendo especial énfasis en las características que distinguen el modelo del OPCAT de otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

4. 1. El novedoso modelo del OPCAT: enfoque preventivo y sistema de doble pilar

El Protocolo Facultativo materia de análisis es un instrumento que complementa y busca alcanzar los objetivos de la “Convención contra la Tortura”, a través de mecanismos adicionales y un enfoque distinto, basado en la prevención. El OPCAT es considerado un “tratado operacional”, ya que no crea ninguna norma o prohibición sustantiva, sino que establece un sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de la libertad, a cargo de un órgano internacional y órganos nacionales independientes⁶. Así queda explicitado desde el artículo 1º del Protocolo, que resume su objeto en los siguientes términos:

“El objetivo del presente Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a 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”.

El modelo propuesto por OPCAT es, por tanto, notoriamente novedoso y distinto al de la Convención contra la tortura, al menos en dos sentidos: (i) porque se enfoca en la *prevención directa* de la tortura, y (ii) porque establece *sistema dual* de visitas, integrado por un órgano internacional y mecanismos nacionales en cada Estado parte⁷.

- (i) En cuanto al enfoque, se resalta que la filosofía que inspira el Protocolo se sustenta en la *prevención directa*, que implica una labor proactiva y de anticipación. Esto lo diferencia de la mayoría de mecanismos de supervisión de los tratados de derechos humanos, orientados más a la actuación reactiva, sancionatoria o reparadora. Recordemos, en particular, que los procedimientos de la Convención contra la Tortura para el examen de las comunicaciones de Estados o de particulares, solo pueden ponerse en marcha una vez se han producido las torturas o tratos crueles; en cierto sentido buscan “remediar” dichas violaciones, dejando una constancia pública de que un Estado ha transgredido alguna disposición de la Convención, con el ánimo de inducirlo a reparar y a tomar los correctivos necesarios⁸. A su vez, y como se mencionó anteriormente, las visitas del Comité contra la Tortura solo proceden si se

⁶ Asociación para la Prevención de la Tortura APT, *Prevenir la tortura: una responsabilidad compartida*, Foro Regional sobre el OPCAT en América Latina, 2014, en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33179.pdf>

⁷ Esther Pino Gamero, *El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura*, Universitas - Revista de Filosofía, Derecho y Política, Nº 18, julio 2013, ISSN 1698-7950, pp. 3-39.

⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Folleto informativo No.17: Comité contra la Tortura*, en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet17sp.pdf>

ha recibido información fundada de una práctica sistemática de la tortura en un Estado parte, y exigen el consentimiento previo de dicho Estado.

En contraste, “en el Protocolo Facultativo no se establece un ‘mecanismo de denuncia’, y las visitas preventivas que en él se prevén no tienen la finalidad de ofrecer oportunidades de investigar, examinar o resolver situaciones personales”⁹. Lo que sí establece el modelo del OPCAT es un mecanismo de visitas regulares y periódicas de monitoreo a lugares de detención, realizadas por órganos de expertos encargados de inspeccionar las instalaciones y el trato brindado a las personas detenidas, en aras de prevenir los abusos en aquellos sitios donde la tortura y los malos tratos son más frecuentes.

- (ii) Otra característica novedosa del modelo instaurado por el OPCAT es el sistema de *doble pilar* o sistema *dual*, toda vez que al tiempo que crea un *órgano internacional* de expertos independientes, también prevé la puesta en marcha de *mecanismos nacionales* de prevención de la tortura, cuya labor se complementará.

En cuanto al órgano internacional, mediante el Protocolo se instituyó el “Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes” [en adelante “Subcomité para la Prevención” o “Subcomité”], que podrá visitar cualquier lugar bajo la jurisdicción de los Estados Partes, donde se encuentren o puedan encontrarse personas privadas de la libertad. Los Estados tienen la obligación de cooperar con el Subcomité, lo que incluye viabilizar las visitas, poner a su disposición toda la información pertinente, permitir entrevistas a los detenidos, etc.; en correlato, el mandato del Subcomité no se agota en la visita misma, sino que abarca la presentación de informes con recomendaciones a las autoridades nacionales, y un importante papel en materia de asesoría técnica a los Estados.

Adicionalmente, y de modo excepcional para un instrumento internacional, el OPCAT comprometa a los Estados Partes a designar, mantener o poner en marcha mecanismos nacionales de prevención de la tortura, es decir, entidades u órganos independientes de cada Estado, facultadas para realizar visitas a lugares de detención dentro de su jurisdicción. También resulta novedoso que el mismo texto del

⁹ Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Cuarto Informe Anual, presentado ante el Comité contra la Tortura en su 46º período de sesiones*, Ginebra, 9 de mayo a 3 de junio de 2011 (CAT/C/46/2), parágrafo 55.

Protocolo fija las facultades, criterios y garantías que deberán cumplirse en la creación o designación de los mecanismos nacionales, a fin de asegurar su independencia y un funcionamiento libre de interferencias indebidas.

Tanto el Subcomité para la Prevención, como los mecanismos nacionales, efectuarán visitas periódicas y regulares a lugares de detención con el fin de monitorear la situación, proponer recomendaciones y ayudar a las autoridades competentes a implementar los cambios necesarios para prevenir la tortura y otras formas de malos tratos. Se resalta también que ambos, el órgano internacional y el órgano nacional, trabajarán de manera complementaria y podrán mantener reuniones conjuntas e intercambiar información, incluso de manera confidencial.

Más adelante en esta ponencia se detallan los rasgos del Subcomité (*ver 4.3.*) y de los mecanismos nacionales (*ver 4.4.*). Basta por lo pronto subrayar lo innovador que resulta que un instrumento internacional prevea la creación de entidades del orden nacional, para que actúen de forma complementaria con el órgano internacional.

Con estas dos características novedosas -el enfoque preventivo y el sistema dual-, el modelo del OPCAT busca fomentar una verdadera colaboración con los Estados Partes en aras de prevenir la tortura, en lugar de proceder a una condena pública por violaciones ocurridas. Nótese que si bien otros mecanismos de supervisión en derechos humanos (incluyendo el mismo Comité contra la Tortura), también procuran un grado de interlocución con las autoridades nacionales, son ante todo dispositivos de control que basan su labor en el examen público del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, mediante informes periódicos o la recepción de comunicaciones individuales. En cambio, el sistema que establece el OPCAT se sustenta en la cooperación y en el diálogo constructivo de manera sostenida con los Estados, sin la intención de acusarlos ni incriminarlos públicamente¹⁰. En este esquema el Subcomité para la Prevención de la Tortura está llamado a mantener una estrecha relación de colaboración con los mecanismos nacionales para reforzar mutuamente su mandato, con la diferencia de que mientras el primero tendrá una presencia física esporádica en el territorio de cada Estado Parte, los segundos estarán presentes de forma permanente en el país.

¹⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un manual para la prevención* / San José, C.R.: IIDH, 2004, pág. 45.

52

4. 2. Visitas a los lugares de detención

Retomando lo expuesto, el OPCAT establece un sistema de visitas periódicas realizadas por órganos independientes a los sitios en los que se encuentren personas privadas de la libertad. Para ahondar en el alcance de este mecanismo, es relevante precisar (i) qué se entiende en el Protocolo por “lugar de detención” y, por tanto, qué lugares que pueden ser visitados; (ii) cómo funcionan las visitas previstas en el Protocolo; y (iii) cuáles son las ventajas que ofrece este mecanismo o, en otras palabras, por qué se consideró que monitorear la situación de las personas privadas de la libertad mediante visitas periódicas, es un medio eficaz para la prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

- (i) El artículo 4.1. del Protocolo, denomina como *lugar de detención* a cualquier lugar bajo la jurisdicción y control de un Estado Parte “donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito”. En complemento, el artículo 4.2. precisa que por *privación de la libertad* “se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente”.

El Protocolo no establece una lista exhaustiva ni una categorización de los lugares objeto de visitas, justamente para evitar que su alcance se restrinja o limite. Con tal fórmula amplia se busca la mayor cobertura posible a la protección de personas privadas de libertad, al permitir que el Subcomité para la Prevención y los mecanismos nacionales, tengan acceso irrestricto a todos los lugares de detención *de facto*. Esto abarca los típicos lugares de detención, como cárceles, centros penitenciarios y celdas de comisarías, así como estaciones de policía, instalaciones de detención de bases militares, centros de detención administrativa, instalaciones para menores de edad, etcétera. De igual modo podrán ser objeto de visitas los centros de detención para inmigrantes o solicitantes de asilo, las zonas de tránsito en los puertos o aeropuertos internacionales, las dependencias de los establecimientos médicos y psiquiátricos, los hogares de atención social y otras instituciones en las que se haya ingresado a las personas en contra de su voluntad¹¹.

¹¹ Amnistía Internacional, *Prevenir la tortura en todo el mundo: el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura*, AI: IOR 51/002/2003/s, junio de 2003, <https://www.amnesty.org/es/documents/ior51/002/2003/es/>

- (ii) En el *desarrollo de una visita*, el equipo del Subcomité o de los órganos nacionales, estará habilitado para inspeccionar la totalidad de las instalaciones y acceder a cualquier local, incluyendo cocinas, comedores, baños, celdas de aislamiento, consultorios médicos, etc. El equipo de expertos también podrá realizar entrevistas de manera privada y sin testigos a cualquier persona privada de libertad, o a otras personas relacionadas, tales como oficiales de seguridad, parientes de los detenidos, personal médico o de labores, etc. Incluso tendrá completo acceso a los registros de los detenidos, a los reglamentos disciplinarios, a las minutas del personal a cargo y, en general, a toda la información relevante sobre el trato y condiciones de detención de las personas reclusas.

Al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados Partes aceptan que los mecanismos de prevención establecidos tengan dicho *acceso amplio* a cualquier lugar de detención bajo su jurisdicción o control, subrayando que no es necesario solicitar a las autoridades locales el consentimiento o autorización previa para proceder con una determinada visita. A su vez, los Estados se comprometen a cooperar con el Subcomité y los órganos nacionales, poniendo a su disposición toda la información relevante para que diagnostiquen el tratamiento de personas privadas de su libertad y propongan recomendaciones para prevenir la tortura.

Es importante recalcar que el alcance del mecanismo de visitas no se limita al instante de la inspección física al lugar de detención. Es así, por cuanto el mandato del Subcomité y del Mecanismo Nacional también pretende “visitar” las situaciones y temas, el diseño institucional y las políticas públicas, con una mirada sensible que permita detectar las causas estructurales de la tortura y otras conductas prohibidas, y apoyar a los Estados a encontrar la mejor manera de corregirlas¹². En ese sentido, *después de una visita* los mecanismos de prevención emitirán un informe con una serie de recomendaciones basadas en sus principales hallazgos, y deberán entablar un diálogo con las autoridades nacionales competentes a fin de asegurar un seguimiento a sus recomendaciones.

¹² Silvina Ribota, *Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y la regulación en el derecho español. Mejor prevenir que castigar*, ICADE: Universidad Pontificia Comillas, Revista cuatrimestral n° 85, enero-abril 2012, ISSN: 1889-7045, Madrid, p.p. 153 -180.

54



- (iii) La razón de instaurar este mecanismo de visitas a los lugares de detención como fórmula para prevenir la tortura y los tratos crueles, se sustenta en la *constatación fáctica* y en la *experiencia*. El modelo del OPCAT focaliza su protección en las personas privadas de la libertad, al reconocer que éstas se encuentran particularmente expuestas al riesgo de ser sometidas a actos de tortura y a otras violaciones de los derechos humanos. En efecto, por definición las personas detenidas se encuentran en contra de su voluntad en lugares cerrados y en ocasiones herméticos al mundo exterior, en donde el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades básicas suele depender exclusivamente de las autoridades de custodia, colocándolas en una especial situación de vulnerabilidad e indefensión ante abusos de toda índole.

La experiencia adquirida también indica que la tortura y los malos tratos normalmente se producen en lugares de detención aislados, en donde quienes practican las violaciones están seguros de estar fuera del alcance de la supervisión o el escrutinio público. Y en ese sentido, el modelo del OPCAT se sustenta en la idea de que cuanto más abiertos y transparentes sean los lugares de detención, menores serán los abusos que allí se perpetren, al reducir la vulnerabilidad e indefensión de las personas privadas de la libertad. En palabras de quien fuera el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura entre 2004 y 2010, Manfred Nowak:

“[...] dado que la tortura es una práctica terminantemente prohibida en todos los sistemas jurídicos y códigos éticos de conducta del mundo, únicamente puede funcionar como parte de un sistema en el que colegas y superiores de los verdugos, toleren, o, como mínimo condonen, estas prácticas y en los que las cámaras de tortura estén protegidas eficazmente del exterior. Las víctimas de la tortura son asesinadas o se les intimida hasta el punto de que no se atreven a revelar sus experiencias y si, a pesar de ello, denuncian haber sido víctimas de torturas tienen que hacer frente a enormes dificultades para demostrar lo ocurrido durante su aislamiento y, como sospechosos delincuentes, forajidos o terroristas, su credibilidad se ve menoscabada de modo rutinario por las autoridades. En consecuencia, la única manera de romper ese círculo vicioso es someter los lugares de detención al escrutinio público y hacer más transparente y responsable frente a la supervisión externa

todo el sistema en el que operan los agentes de policía, de seguridad y de inteligencia”¹³.

Ahora bien, como *antecedente concreto* del mecanismo de visitas periódicas, la doctrina suele aludir a la práctica desarrollada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en las visitas a lugares de detención durante los conflictos armados, que mostró ser la fórmula más eficaz para prevenir los abusos sobre prisioneros de guerra. El modelo del CICR se basó en los principios de cooperación y de confidencialidad, de modo que en las visitas a los lugares de detención no se acudía a declaraciones públicas ni a la prensa, con el fin de generar las condiciones propicias para el diálogo con los Estados visitados. Se le reconoce al filántropo suizo Jean Jacques Gautier, la propuesta de extender este mecanismo de prevención de la tortura, más allá de las situaciones de conflicto armado, propósito con el cual fundó en el año 1977, el Comité Suizo contra la Tortura, hoy Asociación para la Prevención de la Tortura - APT. A esta idea precursora se sumaron varias reconocidas ONG internacionales de derechos humanos, como Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas, que con el impulso de algunos Estados -en especial Suiza, Suecia y Costa Rica-, promovieron el proceso de negociación que derivó en la adopción del OPCAT¹⁴. Previamente el modelo también había sido acogido por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, órgano de supervisión de la Convención Europea contra la Tortura.

Ambas experiencias, del CICR y del sistema europeo de derechos humanos, demostraron que las visitas de órganos independientes son eficaces para prevenir la tortura, al propiciar el examen de las condiciones y los procedimientos de detención, la formulación de recomendaciones sobre mejoras inmediatas y un diálogo directo con las autoridades para encontrar soluciones concretas a los problemas encontrados. A su vez, las visitas periódicas pueden tener un efecto disuasorio sobre el personal y las autoridades responsables de la detención e, incluso, constituir en

¹³ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Informe provisional a la Asamblea General*, UN Doc. A/61/259 (14 de agosto de 2006), párrafos 66 y 67.

¹⁴ Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un manual para la prevención* / San José, C.R.: IIDH, 2004, pág. 45.

una fuente irremplazable de apoyo moral para las personas privadas de libertad al ofrecer un contacto con el mundo exterior¹⁵.

4. 3. El Subcomité para la Prevención de la Tortura

El “Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura” es el órgano internacional del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, establecido por el Protocolo Facultativo para el cumplimiento de sus objetivos. Al igual que en otros órganos de monitoreo de tratados, sus miembros son designados por los Estados Partes, pero ejercen sus funciones a título personal en calidad de expertos independientes e imparciales, no en representación de sus países. El Subcomité lleva a cabo un calendario de visitas, presta asesoría a los Estados Partes y a los mecanismos nacionales y, además, se reúne tres veces al año en períodos de sesiones de una semana de duración que se celebran en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Empezó a funcionar en febrero de 2007 y en la actualidad está conformado por 25 expertos que provienen de contextos diferentes y de diversas regiones del mundo ¹⁶.

La *composición, calidades* requeridas y procedimiento de *elección* del Subcomité, están detallados en los artículos 5 al 10 del OPCAT. Basta destacar que sus miembros deben 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” (artículo 5.2.). La elección se realiza mediante votación secreta de los Estados Partes, previa designación de hasta dos candidaturas por Estado, teniendo en cuenta que la conformación asegure una distribución geográfica equitativa y representación equilibrada de los géneros. Su período es de cuatro años y pueden ser reelegidos por una vez.

El *mandato* de Subcomité para la Prevención está plasmado en el artículo 11 del OPCAT, y se resume en tres grandes funciones: a) una operativa, que es visitar los lugares de detención; b) una consultiva, que consiste en prestar asistencia y asesoramiento a los Estados Partes y a los mecanismos nacionales de prevención; y c) la función habitual de cooperar con otros órganos

¹⁵ Amnistía Internacional, *Prevenir la tortura en todo el mundo: el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura*, AI: IOR 51/002/2003/s, junio 2003, <https://www.amnesty.org/es/documents/ior51/002/2003/es/>

¹⁶ El artículo 5 del OPCAT estableció una conformación inicial del Subcomité de 10 miembros, que deberían aumentar a 25 con la ratificación número 50. Dicha circunstancia se cumplió en septiembre de 2009, por lo que la actual composición es de 25 miembros

de las Naciones Unidas, así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales, para prevenir la tortura y los tratos crueles (artículo 11, literales a), b) y c) respectivamente). Detallamos a continuación cómo cumple su mandato el Subcomité en relación con las que son sus dos funciones características: (i) las visitas periódicas y (ii) la asesoría a los Estados¹⁷.

(i) *Visitas del Subcomité para la Prevención de la Tortura:*

Antes de la visita. El Subcomité establece un programa de visitas a los Estados Partes, que hace público al culminar el periodo de sesiones en el que se apruebe. A diferencia de otros órganos de la Naciones Unidas, el Subcomité no tiene que solicitar previamente la aprobación del Estado Parte para visitarlo, pero sí puede informarlo de las fechas previstas a fin de que adopte las disposiciones prácticas necesarias para que la visita se lleve a cabo. El Subcomité también puede ponerse en contacto con los mecanismos nacionales de prevención, las ONG y otros actores nacionales pertinentes para preparar la visita.

Durante la visita. El Estado Parte se compromete a ofrecer al Subcomité las garantías para el desarrollo de su mandato, descritas en el artículo 14 del OPCAT: a) acceso sin restricciones a toda la información acerca del número de personas privadas de libertad y el número y localización de los lugares de detención; b) acceso a toda la información relativa al trato que reciben esas personas y a sus condiciones de reclusión; c) acceso a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios; d) posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de libertad sin testigos, y con cualquier otra persona; y e) libertad para seleccionar los lugares que desee visitar y las personas a las que desee entrevistar. El Estado Parte solo podrá objetar la visita a un determinado lugar de detención por razones urgentes y estrictamente limitadas¹⁸. En dicho caso, solo se podrá aplazar temporalmente la visita a dicho lugar

¹⁷ Las siguientes líneas sobre las funciones del Subcomité, se reseñan a partir del articulado del OPCAT y el manual de Amnistía Internacional: *Contra la Tortura y otros malos tratos: Manual de Acción*, Londres: 2016, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/POL3040362016SPANISH.pdf>, páginas 265 a 272.

¹⁸ El artículo 14.2 del OPCAT precisa las razones que permiten la objeción y el aplazamiento temporal de una visita específica: “Sólo podrá objetarse a una visita a un determinado lugar de detención por razones urgentes y apremiantes de defensa nacional, seguridad pública, catástrofes naturales o disturbios graves en el lugar que deba visitarse, que impidan temporalmente la realización de esta visita. El Estado Parte no podrá hacer valer la existencia de un estado de excepción como tal para oponerse a una visita”.

de detención concreto, más no impedir el acceso a todos los lugares de detención o a su territorio.

En la delegación participan al menos dos miembros del Subcomité, que pueden ir acompañados por expertos de reconocida experiencia y competencia profesional en el ámbito. Durante esas visitas, el Subcomité observa las condiciones cotidianas de la vida en los centros de reclusión, y lleva a cabo entrevistas para formarse una idea lo más exacta posible de las condiciones y el trato de las personas privadas de libertad; también se reúne con altos cargos del gobierno y con los funcionarios encargados de la custodia, con los mecanismos nacionales de prevención, las ONG y otros actores que cuenten con información de interés para su mandato, los cuales deberán estar protegidos contra eventuales represalias¹⁹. Al término de la visita, la delegación del Subcomité mantiene una reunión final con altos cargos de los ministerios y organismos pertinentes, para presentar sus observaciones preliminares e identificar las situaciones que ameritan la adopción de medidas inmediatas.

Después de la visita. El Subcomité redacta un informe con sus conclusiones y recomendaciones, y lo presenta de modo confidencial a las autoridades correspondientes del Estado Parte. El informe sigue siendo confidencial a menos que el Estado Parte interesado solicite que se haga público, publique parcialmente el informe o no coopere con el Subcomité. El propósito de esta *confidencialidad* es entablar un diálogo constructivo con el Estado Parte interesado para intentar promover la aplicación de las recomendaciones. El Subcomité también ha establecido un procedimiento para el seguimiento de sus informes sobre las “visitas periódicas” y está habilitado por el Protocolo para realizar una “breve visita de seguimiento”.

(ii) *Asistencia y asesoramiento a los Estados y a los mecanismos nacionales de protección:*

El Subcomité tiene también una función consultiva, que consiste en prestar asistencia y asesoramiento a los Estados Partes en el diseño y puesta en marcha de los

¹⁹ Conforme al artículo 15 del OPCAT, las personas que faciliten información al Subcomité no podrán ser objeto de sanciones o represalias por ese motivo: “Ninguna autoridad o funcionario ordenará, aplicará, permitirá o tolerará sanción alguna contra una persona u organización por haber comunicado al Subcomité para la Prevención o a sus miembros cualquier información, ya sea verdadera o falsa, y ninguna de estas personas u organizaciones sufrirá perjuicios de ningún tipo por este motivo”.

mecanismos nacionales de prevención. Una vez entren en funcionamiento o sean designados tales mecanismos nacionales, el Subcomité deberá mantener contacto directo con éstos y ofrecerles formación y asistencia técnica, así como hacer las recomendaciones y observaciones necesarias a los Estados Partes con miras a reforzar sus capacidades. En ese sentido, el Subcomité también ha establecido el procedimiento de “visitas de asesoramiento a los mecanismos nacionales de prevención”, y ha emitido unas directrices relativas a la creación y al funcionamiento de los mecanismos nacionales de prevención.

4. 4. Los Mecanismos Nacionales de Prevención

Como ya se ha indicado, el Protocolo Facultativo introdujo un modelo particular de prevención, que combina la supervisión a nivel internacional a cargo del Subcomité, con la realizada en el nivel nacional por los llamados Mecanismos Nacionales de Prevención. Por su naturaleza, los mecanismos nacionales tendrán presencia permanente en el territorio y sus visitas podrán ser mucho más frecuentes que las del Subcomité, cumpliendo así un rol de vital importancia a la hora de traducir la voluntad política de los Estados para prevenir la tortura y los malos tratos en medidas prácticas “sobre el terreno”. Así mismo, fungen como el principal medio para la aplicación y el seguimiento habitual de las normas internacionales relativas a la prevención de la tortura en el ámbito nacional²⁰.

Una vez ratificado el OPCAT, los Estados Partes tendrán la obligación de *establecer o designar* uno o varios mecanismos nacionales de prevención, o mantener los que ya existen (artículo 17). Algunos Estados deberán crear nuevas entidades o instituciones, mientras que los que ya cuentan con mecanismos similares deberán evaluar si se ajustan a los criterios delineados en el Protocolo y están dotados de capacidad para cumplir plenamente el mandato ahí establecido, ajustándolos en dado caso. Los Estados Partes cuentan con un *lapso de un año* a partir de la ratificación del OPCAT para establecer o designar los mecanismos, con la posibilidad de aplazar esta obligación por un máximo tres años²¹.

²⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Prevención de la Tortura: El Papel de los Mecanismos Nacionales de Prevención, Guía Práctica – Serie de capacitación profesional*, Nueva York y Ginebra: 2018, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/NPM_Guide_SP.pdf

²¹ Según lo dispuesto en el artículo 24 del OPCAT, el cumplimiento de esta obligación podrá ser aplazado por un período máximo de tres años, en caso de que el Estado Parte haga una Declaración en ese sentido.

Al igual que el Subcomité, los mecanismos nacionales de prevención tienen como *mandato* el de realizar visitas periódicas a lugares de detención y emitir recomendaciones para mejorar las condiciones y trato dado a las personas privadas de libertad. También están habilitados por el OPCAT para elaborar propuestas y observaciones sobre proyectos de ley o leyes vigentes, “permitiéndoles de esta manera jugar un papel activo en la adecuación de las normas jurídicas nacionales para el fortalecimiento de la protección de las personas privadas de libertad”²².

El Protocolo Facultativo no define la *forma* específica que deberán tener los mecanismos nacionales de prevención, concediendo a los Estados Partes la flexibilidad para decidir la estructura más adecuada al contexto concreto de cada país. La práctica en distintas partes del mundo ofrece una gran variedad de mecanismos cuyo mandato es el de realizar visitas de monitoreo, por ejemplo: comisiones de derechos humanos, instituciones tipo “defensorías” del pueblo o de los habitantes o “procuradurías”, comisiones parlamentarias, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de base, así como mecanismos mixtos cuya estructura combina varias de estas instituciones²³.

Cualquiera de estas entidades puede ser designada como mecanismo nacional de prevención, siempre y cuando su configuración satisfaga los *lineamientos* definidos en la Parte IV del Protocolo Facultativo, en cuanto a: (i) las *garantías* para su funcionamiento efectivo e independiente, enlistadas en el artículo 18 del OPCAT; (ii) las *facultades* mínimas que tendrá el mecanismo para cumplir su mandato, plasmadas en el artículo 19; (iii) el *acceso* amplio a los lugares de detención y otras potestades que los Estados deben darle a los mecanismos

²² Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un manual para la prevención* / San José, C.R.: IIDH, 2004, pág. 168.

²³ La experiencia muestra que los Estados Partes del OPCAT han optado por diversos modelos a la hora de designar los mecanismos nacionales de prevención. Algunos Estados han optado por la creación de una institución nueva; es el caso, por ejemplo, de Alemania, Francia, Guatemala, Honduras, Suiza, Nigeria y Senegal. Otros Estados han designado esta tarea a un conjunto de instituciones nacionales, como lo hicieron Holanda, Malta, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Suecia. Camboya, por su parte, ha creado un comité intergubernamental. Y la gran mayoría de los Estados han designado como mecanismos nacionales a instituciones de derechos humanos, bajo sus diversas formas (comisiones nacionales de derechos humanos y *Ombudsman* o defensorías del pueblo; entre ellos: Costa Rica, Croacia, Chile, Ecuador, Estonia, Georgia, Hungría, Luxemburgo, México, Nicaragua, Paraguay, Polonia, República Checa, y Uruguay. En: Esther Pino Gamero, *El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura*, Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 18, julio 2013, ISSN 1698-7950, páginas 17-18. El listado completo de los mecanismos nacionales de prevención actualmente vigentes en el mundo, puede consultarse en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/spt/national-preventive-mechanisms>

nacionales para desarrollar su labor, recogidas principalmente en el artículo 20; y (iv) la *cooperación* entre los mecanismos nacionales y el Subcomité.

Este es uno de los aspectos más interesantes del OPCAT, ya que por primera vez en un instrumento internacional se establecen los criterios y salvaguardias que deben orientar la conformación y el funcionamiento de órganos nacionales. Como recurso didáctico para facilitar la comprensión de esta ponencia, se sintetizan en un solo listado²⁴ los requisitos mínimos que deben satisfacer los mecanismos nacionales de prevención, de conformidad con el articulado del Protocolo:

- Independencia funcional y de sus miembros (artículo 18-1).
- Recursos humanos, financieros y logísticos adecuados (artículo 18-3).
- Perfil multidisciplinario de los miembros, equilibrio de género y una adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios (artículo 18-2).
- Acceso a todos los lugares de detención, sus instalaciones y servicios (artículo 20-c).
- Acceso a toda la información relevante sobre los lugares de privación de libertad, y al trato de las personas detenidas y sus condiciones de detención (artículo 20 a-b).
- Acceso a todas las personas privadas de libertad, incluyendo la posibilidad de mantener entrevistas privadas con ellas, sin testigos (artículo 20-d).
- Potestad para hacer recomendaciones a las autoridades relevantes (artículo 19-b).
- Potestad para presentar propuestas y observaciones sobre la legislación y las políticas públicas (artículo 19-c).
- Comunicación directa con el Subcomité para la Prevención (artículo 20-f).
- Confidencialidad y protección contra represalias de cualquier persona que se comunique o dé información al mecanismo nacional (artículo 21).
- Privilegios e inmunidades de los miembros y el personal de los mecanismos, necesarios para el ejercicio de sus funciones (artículo 35).
- Diálogo y cooperación entre autoridades y el mecanismo nacional para la implementación de sus recomendaciones (artículo 22).

²⁴ Se toma como base el listado sintetizado en: Asociación para la Prevención de la Tortura APT, *Prevenir la tortura: una responsabilidad compartida*, Foro Regional sobre el OPCAT en América Latina, 2014, página 28, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33179.pdf>

Al lado de tales indicaciones plasmadas en el articulado del OPCAT, el Subcomité para la Prevención también ha desarrollado una serie de directrices pormenorizadas y recomendaciones complementarias sobre el establecimiento de los mecanismos nacionales, a partir de la experiencia adquirida y las cuestiones planteadas en la práctica, en el marco de la asesoría brindada a los Estados. El Subcomité ha publicado una sistematización de tales directrices²⁵ y una matriz para la evaluación de los mecanismos nacionales; a su vez, emite periódicamente consejos con orientación actual, que se hacen públicos cuando procede, por ejemplo, con pautas para la vigilancia a los establecimientos de detención durante la pandemia, listas de verificación sobre cuestiones sanitarias, entre otras herramientas.

No es del caso detallar en esta ponencia el conjunto de recomendaciones, más sí recalcar que éstas deberán ser acogidas como guía para el diseño o adecuación del mecanismo colombiano de prevención, en la fase subsiguiente a la ratificación del OPCAT. En todo caso, destacamos algunas de las directrices preparadas por el Subcomité que consideramos de especial relevancia para comprender el alcance de esta obligación, a saber:

“5. El mecanismo nacional de prevención debe ser un complemento y no un sustituto de los actuales sistemas de supervisión, por lo que su creación no debe impedir la creación o el funcionamiento de otros sistemas complementarios. [...] 7. El mandato y las facultades del mecanismo nacional de prevención deberán enunciarse de manera clara en forma de texto constitucional o legislativo. [...] 8. Debe garantizarse la independencia funcional del mecanismo nacional de prevención. [...] 11. Deberá dotarse a los mecanismos nacionales de prevención de recursos suficientes para desempeñar su labor con eficacia, de conformidad con las condiciones exigidas en el Protocolo Facultativo. [...] 12. El mecanismo nacional de prevención debe gozar de una total autonomía financiera y funcional en el ejercicio de las funciones, que se le encomiendan en el Protocolo Facultativo”²⁶.

4. 5. Otras disposiciones del OPCAT

²⁵ Subcomité para la Prevención de la Tortura, *“Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”*, 12^o período de sesiones, Ginebra, 15 a 19 de noviembre de 2010 (CAT /OP/12/5), disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/spt/national-preventive-mec>

²⁶ *Ibidem*, párrafos 5, 7, 8, 11 y 12 respectivamente.

- **Declaración.** La Parte V del Protocolo Facultativo está conformada por un único artículo, que otorga a los Estados que ratifican o adhieren al instrumento un margen de flexibilidad para cumplir con las obligaciones que contraen en virtud del mismo, aplazándolas por un periodo de tiempo²⁷. En concreto, el artículo 24 dispone que los Estados Partes podrán hacer una *declaración* para aplazar provisionalmente la aplicación de la Parte III del Protocolo referida al mandato del Subcomité de Prevención, o de la Parte IV referida al mecanismo nacional de prevención; alguna de las dos y no ambas, por un periodo hasta de tres (3) años con posibilidad de prórroga por dos (2) años adicionales. Se itera que el OPCAT no permite que ambas obligaciones sean aplazadas de forma simultánea por esta declaración, sino tan sólo una de ellas. El propósito de esta disposición es otorgar a los Estados una oportunidad para hacer uso del sistema de visitas periódicas, en alguna de sus modalidades –nacional o internacional-, incluso si al momento de ratificar el Protocolo Facultativo no tienen capacidad de aceptar o impulsar las visitas de ambos mecanismos. Usualmente se ha interpretado que cláusula otorga a los Estados un “período de respiro”, mientras proceden a establecer un mecanismo nacional de prevención, o incluso a adecuar los ya existentes²⁸.
- **Disposiciones financieras.** Los artículos 25 y 26 que componen la Parte VI del Protocolo, describen (i) cómo el Subcomité recibirá fondos para su funcionamiento y las actividades que debe desarrollar según su mandato, e incluso (ii) prevé una fuente de financiamiento para apoyar a los Estados Partes en la implementación de las mejoras y recomendaciones.

Respecto de lo primero, el artículo 25 precisa que “Los gastos en que incurra el Subcomité para la Prevención en la aplicación del presente Protocolo serán sufragados por las Naciones Unidas”; es decir, su financiación se carga al presupuesto ordinario de la Organización (conformado por las contribuciones de todos los Estados Miembros

²⁷ “Artículo 24: 1. Una vez ratificado el presente Protocolo, los Estados Partes podrán hacer una declaración aplazando la aplicación de sus obligaciones en virtud de la Parte III o de la Parte IV del Protocolo. 2. Este aplazamiento tendrá validez por un período máximo de tres años. Después de oír los argumentos del Estado Parte y en consulta con el Subcomité para la Prevención, el Comité contra la Tortura podrá prorrogar este período por otros dos años”.

²⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Un manual para la prevención* / San José, C.R.: IIDH, 2004, pág. 133.

según las capacidades de contribución y riqueza de los países), en lugar de recaer exclusivamente en los Estados Partes del Protocolo. Así se impulsa que los países menos desarrollados puedan ratificar el OPCAT.

En cuanto a lo segundo, el artículo 26 establece la creación de un *Fondo Especial*, destinado a apoyar financieramente a los Estados en la implementación de las recomendaciones hechas por el Subcomité, así como para financiar los programas de educación dirigidos a los mecanismos nacionales de prevención. Las contribuciones a este Fondo son hechas sobre una base voluntaria y la categoría de los donantes no se limita solo a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sino que incluye a una amplia gama de organizaciones, agencias, y otras entidades privadas o públicas.

- Disposiciones finales. La Parte VII del OPCAT, compuesta por 11 artículos, precisa varios aspectos procedimentales relativos a la firma y ratificación del instrumento, a la entrada en vigor del Protocolo, las denuncias o enmiendas que puedan proponer los Estados Partes, entre otros. Se resalta que de conformidad con el artículo 30, “No se admitirá ninguna reserva” al Protocolo. También incluye disposiciones que instan a encontrar fórmulas de cooperación con otros órganos que tengan mecanismos de visitas con similar propósito, en lugar de competir con éstos; es el caso en concreto de la labor del CICR y las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional humanitario, así como los mecanismos establecidos en virtud de una convención regional. Finalmente, el artículo 35 del OPCAT prescribe que “A los miembros del Subcomité para la Prevención y de los mecanismos nacionales de prevención se les otorgarán las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones”.

De conformidad con el amplio análisis precedente, resulta palpable que el OPCAT parte de reconocer que la lucha contra la tortura y los malos tratos, para ser eficaz, requiere la articulación sostenida de esfuerzos internacionales y nacionales. Este enfoque permite brindar asistencia permanente para implementar estándares internacionales en el ámbito interno, fomenta una mayor sensibilización en relación con la situación de las personas privadas de la libertad, y ofrece la oportunidad de ampliar y promover el debate público sobre la mejor forma de fortalecer eficazmente la protección de estas personas. Todas estas potencialidades del OPCAT son de la mayor relevancia para nuestro país, donde persisten la

tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en particular como forma de sometimiento de la población carcelaria.

V. RELEVANCIA Y UTILIDAD DEL OPCAT PARA COLOMBIA

Colombia es uno de los pocos países de Latinoamérica que aún no ha ratificado el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura. Hasta ahora los diferentes gobiernos habían justificado su decisión de no ratificarlo en la existencia de una institucionalidad fuerte para prevenir la tortura; pese a ello, este crimen persiste en diversos contextos en nuestro país, tal y como lo han denunciado durante décadas por organizaciones de víctimas y de derechos humanos como la Coalición Colombiana contra la Tortura –CCCT²⁹, y como lo han advertido diferentes órganos de Naciones Unidas en sus observaciones y recomendaciones.

La persistencia de la tortura no obedece a una coyuntura accidental, sino que se remonta a tiempo atrás. Es preciso recordar que desde 1995, en la visita conjunta del Relator Especial de la cuestión de la tortura, Sir Nigel S. Rodley, y el Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Bacre Waly Ndiaye, se observó con preocupación el alto número de casos de tortura registrados, pues para el período comprendido entre 1990 y 1994 se reportaron en el país por lo menos 436 casos de tortura. Los responsables de estos casos correspondían a la Policía Nacional (en el 45% de los casos) y miembros del Ejército Nacional (en un 30% de los casos)³⁰. El contexto en el cual transcurrían estas violaciones a los derechos humanos era de completa impunidad, motivo por el cual dentro de sus recomendaciones los Relatores Especiales hicieron énfasis en la necesidad de realizar investigaciones exhaustivas e imparciales respecto a las denuncias en los casos de tortura, con el fin de enjuiciar y castigar a los responsables.

Posterior a la visita de los Relatores Especiales en 1995, el Comité contra la Tortura presentó la evaluación del segundo examen periódico presentado por Colombia y manifestó preocupación por “la persistencia de un importante número de muertes violentas, torturas y

²⁹ La Coalición Colombiana Contra la Tortura – CCCT, es una confluencia de organizaciones de derechos humanos que desde el año 2003 promueve acciones para la prevención, denuncia y visibilización de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes que ocurren en Colombia, ante instancias nacionales e internacionales. La CCCT está conformada por la Asociación de Familiares de Detenidos- Desaparecidos – ASFADDES-, el Centro de Atención Psicosocial, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, la Comisión Colombiana de Juristas, la Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Reiniciar, la Corporación Vínculos, la Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos y la Organización Mundial Contra la Tortura -OMCT-.

³⁰ Coalición Colombiana contra la Tortura- CCCT. Características del crimen de tortura en Colombia (1986-2020). Noviembre 19 de 2020. Pág. 7.

malos tratos, que se atribuyen a integrantes del ejército y de la policía de un modo que parecería indicar una práctica sistemática en algunas regiones del país³¹. Esta fue la primera vez que este Comité se refirió al carácter sistemático de este delito en el país. Aunque el delito de tortura fue tipificado en Colombia en el Código Penal desde 1980, los resultados en la investigación y juzgamiento de este delito han sido escasos.

Los hechos de tortura en Colombia pueden agruparse en seis categorías: 1. Tortura como medio para obtener información; 2. Tortura como medio de persecución política; 3. Tortura como medio para aterrorizar a la población civil; 4. Tortura como forma de discriminación; 5. Tortura como práctica en la instrucción militar; 6. *Tortura como método de sometimiento de la población carcelaria* y; 7. Tortura psicológica³². Teniendo en cuenta el alcance y objeto del Protocolo Facultativo sometido a consideración en este proyecto de ley, en lo que sigue nos concentraremos en particular a la tortura y los otros malos tratos infundidos sobre las personas privadas de la libertad, con énfasis en la situación de la población carcelaria.

5.1. La tortura como método de sometimiento de la población carcelaria

Resulta particularmente grave la tortura sobre las personas privadas de la libertad como forma de sometimiento y control social. La tortura contra la población reclusa suele ser justificada por parte de la guardia penitenciaria como un “mal necesario” para salvaguardar el orden interno y la seguridad de los establecimientos. A su vez, como advierte la Coalición Colombiana Contra la Tortura, las deficientes condiciones de reclusión, como la falta de acceso a servicios de agua potable o salud, la sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento, constituyen otra forma de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes contra esta población³³.

La ocurrencia de la tortura en el sistema penitenciario colombiano es un fenómeno que desde hace décadas se viene infringiendo a través de diferentes modalidades como forma de gestionar e imponer el orden penitenciario a costa de la dignidad, integridad física y mental de las personas privadas de la libertad. Entre estas modalidades se encuentran: i) el uso arbitrario y excesivo de la fuerza; ii) aislamientos prolongados; iii) violencia sexual y; iv) tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes de carácter psicológico.

³¹ Comité contra la Tortura. *Observaciones finales al segundo informe de Colombia* (1996), A/51/44, párr. 74. Citado en CCCT. Características del crimen de tortura en Colombia (1986-2020). Noviembre 19 de 2020. Pág. 7.

³² Coalición Colombiana Contra la Tortura. *Características del crimen de tortura en Colombia (1986-2020). Elementos para el análisis de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad de la Coalición Colombiana contra la Tortura (CCCT)*, 2020, Bogotá, pág. 14-15.

³³ *Ibidem*, pág. 24

- (i) El uso arbitrario y excesivo de la fuerza en los centros penitenciarios se expresa en golpizas, la reducción física, la “lucha” cuerpo a cuerpo, maniobras de estrangulamiento, sujeción e impacto con los bastones de mando. También incluye el empleo de armas potencialmente letales de manera contra reglamentaria; por ejemplo, el uso de gases pimienta luego de reducir a una persona, así como su uso en genitales, y el uso persistente de pistolas eléctricas a pesar de que las personas ya están sometidas y aseguradas, entre otras irregularidades que escapan a la órbita del uso racional de estas armas.
- (ii) El aislamiento prolongado en zonas especialmente deterioradas de las cárceles o incluso el encierro de patios enteros por varios meses en sus celdas, sin salir a actividades de recreación, trabajo y estudio, genera privación sensorial pues no se les permite a las personas detenidas tomar el sol, y están incomunicadas con el mundo exterior. A este respecto, en el año 2020 la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (CSPP) documentó en la cárcel de San Isidro en Popayán (Cauca), que los privados de libertad pasaron cerca de 3 meses encerrados en su celda como castigo por iniciar huelgas, en las que pedían mejor atención para afrontar el Covid-19 en la cárcel³⁴.
- (iii) Otro de los tipos de tortura que se ejecuta contra las personas privadas de la libertad es la violencia sexual. Esta tiene ocurrencia en los establecimientos de reclusión del país, en varias modalidades, entre las que se resaltan: requisas invasivas por parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia tanto a personas privadas de la libertad como a visitantes; desnudez forzada y sexualización de ésta, con el fin de humillar a las personas detenidas; violencia sexual ejercida por internos a instigación y/o con aquiescencia del personal de custodia; malos tratos contra la mujer, la población indígena, afro y LGBTIQ+ por razón de su identidad y por no cumplir los roles y estereotipos socialmente asignados a estas poblaciones históricamente discriminadas. Solo entre el 1 de enero del año 2020 y el 31 de octubre de 2021, el INPEC registro 44 denuncias por malos tratos verbales y 67 denuncias por discriminación por razones de sexo, raza, género y otras, por parte de personal del INPEC hacia internos y familiares.
- (iv) La existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sistema carcelario colombiano, ha sido evidenciada en el estado de cosas inconstitucional declarado respecto de la política criminal y penitenciaria, que advierte graves falencias a la hora de garantizar unos mínimos de habitabilidad con dignidad en aquellos lugares donde se cumplen las medidas de aseguramiento y se ejecutan las penas, como las URI y las

³⁴ Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, *Torturar y castigar a quien protesta*, Bogotá, diciembre de 2021.

cárceles. Estos malos tratos se producen de manera generalizada y sistemática en la mayoría de los establecimientos de reclusión del país, y de forma particular en los centros de detención transitoria, donde los grados de hacinamiento atentan contra la dignidad humana y son en sí mismo sinónimo de malos tratos, como sucede en las estaciones de Fray Damián – San Nicolás en Cali, Candelaria en Valledupar, Puente Aranda en Bogotá, Maicao e Itagüí, que reportan índices de hacinamiento 3.220%, 1.396%, 889%, 773%, 653% y respectivamente³⁵.

Como lo constató la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, la tortura que se inflige a los internos vulnerando su integridad física y mental se evidencia el uso excesivo de la fuerza, la utilización indebida de armas de letalidad reducida, pesquisas abusivas e invasivas, maltrato a familiares y el uso prolongado de aislamiento en celdas de castigo, al lado de los tratos crueles como golpizas, violencia sexual y psicológica, por lo general para “mantener” el orden o controlar huelgas y motines carcelarios.

En ese sentido, el informe *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas* del CSPP, plantea una serie de recomendaciones para que el Ministerio de Justicia y el Derecho, las autoridades penitenciarias, la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional junto con el Congreso de la República, el Instituto de Medicina Legal, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, adopten medidas en lo que corresponde a sus competencias, precisando la importancia en la expedición de protocolos para la adecuada gestión de huelgas y motines, y que se garantice el personal médico para un trato digno y oportuno en el servicio de salud.

Pese a la gravedad de estas violaciones y su comisión extendida, existe un importante subregistro de los hechos, y un altísimo grado de impunidad. Las barreras para interponer una queja o denunciar un hecho en los centros penitenciarios han invisibilizado la persistencia de la tortura y han incidido en su normalización como una práctica recurrente, al tiempo que han propiciado una serie de represalias por parte de las autoridades. En este sentido, es relevante mencionar que a las personas privadas de la libertad no se les practica el examen médico legal cuando son víctimas de tortura. Según un informe del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos:

“entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de octubre de 2021, solo 24 PPL [personas privadas de la libertad] fueron valoradas en el servicio de clínica forense por sospecha de tortura

³⁵ INFOBAE; “Cali, Valledupar y Bogotá, son los centros transitorios más inhumanos del país”: Defensoría, 2021, <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/12/14/cali-valledupar-y-bogotason-los-centros-ransitorios-mas-inhumanos-del-pais-defensoria/>

o tratos crueles inhumanos o degradantes, de un total de 163 personas valoradas en ese mismo periodo. Durante esos años tan solo se realizaron 10 necropsias en el servicio de patología forense a PPL, de un total de 1849 necropsias realizadas. Las víctimas de tortura no reciben asesoría legal sobre sus derechos, de hecho muchas de ellas no se reconocen como víctimas, pues se ha normalizado las graves vulneraciones a sus derechos.”³⁶

Las barreras para denunciar también se asocian al hecho de que los principales responsables de hechos de tortura contra personas internas en las cárceles de Colombia, por acción u omisión, suelen ser son agentes que pertenecen el sistema carcelario, es decir, justamente quienes tienen a cargo su cuidado y custodia. Así lo han documentado diversos informes de organismos internacionales desde hace varias décadas; por ejemplo, en el informe elaborado por la OACNUDH en el 2004, se relatan graves hechos de tortura cometidos contra los reclusos en las cárceles de Cúmbita (Boyacá), Valledupar (Cesar) y San Isidro de Popayán entre otros establecimientos carcelarios, por parte de las autoridades de custodia. Las formas de tortura en el sistema carcelario también se presentan en condiciones de inhabilitación, hacinamiento, aislamiento y tratos crueles ocasionados por el personal de guardia, conllevando incluso a homicidios y suicidios al interior de las cárceles.

Así pues, la tortura como forma de sometimiento y de control social sobre la población carcelaria a través de los mecanismos anteriormente descritos, evidencia que en Colombia existen grandes retos en materia de prevención. Al respecto, el Sistema de Naciones Unidas ha recomendado reiteradamente al Estado colombiano la ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, con el fin de lograr establecer un sistema de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas privadas de la libertad y establecer un mecanismo efectivo de prevención de la tortura³⁷.

5. 2. Situación de las cárceles de Colombia

Desde 1998, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional de los establecimientos carcelarios colombianos, como consecuencia del hacinamiento y la falta de infraestructura carcelaria que ha redundado en la vulneración de

³⁶ Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas*, Bogotá: 2021, pág., 10.

³⁷ Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la convención. Observaciones finales del comité contra la tortura, Colombia (2004), CAT/C/CR/31/1, párr. 8.

derechos humanos de las personas privadas de la libertad, afectando incluso la misma función resocializadora de la pena.

Es decir, desde hace 25 años ya la Corte aludía a que la congestión carcelaria y la consecuente vulneración de derechos de las personas recluidas tenía antecedentes que se remontaban incluso a 1936 y que, pese a ello, no era visible por parte del Estado Colombiano la creación y aplicación de políticas destinadas a brindar soluciones efectivas. Incluso en el 2013, la Corte Constitucional debió pronunciarse nuevamente declarando que existía un estado de cosas inconstitucional persistente, atendiendo a múltiples casos de desconocimiento grave de los derechos a la vida, dignidad humana, salud, integridad física e incluso integridad sexual y de la infancia.

Los altos niveles de hacinamiento, la falta de un servicio continuo de agua potable, el desabastecimiento de elementos de aseo y la falta de alimentación adecuada, resultaron agravadas durante la pandemia del virus SARS-CoV-2, por el estado de excepción decretado en el país, el contagio confirmado al interior de los centros penitenciarios y la falta de medidas adecuadas para hacer frente a la situación. Así, al Estado de Cosas Inconstitucional que lleva años sin resolverse, se sumó la ausencia de medidas para prevenir y mitigar el riesgo de contagio. Estas situaciones desencadenaron un nivel de preocupación y estrés entre las personas privadas de la libertad. Muchas personas temieron por su vida y en muchos establecimientos se emprendieron acciones de protesta que permitiera visibilizar, ante la opinión pública, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban. Se verificó que en este contexto, las personas privadas de la libertad fueron sometidas a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, como mecanismo para gestionar e imponer el orden penitenciario a costa de la dignidad, integridad física y mental de las personas privadas de la libertad.

En ese momento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó su preocupación por los eventos de violencia al interior de los centros penitenciarios de Colombia, haciendo alusión en particular a las protestas en 13 cárceles del país el 21 de marzo de 2020, y puntualmente a los hechos ocurridos en la cárcel "La Modelo" de Bogotá donde fallecieron 23 personas y más de 80 resultaron heridas³⁸. En dicho evento se presentaron hechos que pueden constituir tortura con fines de castigo contra privados de la libertad que fueron golpeados, desnudados y ultrajados, como relató la investigación de un medio:

³⁸ EL Espectador, *Motín de marzo en La Modelo dejó 24 muertos, uno más de los que ha admitido el INPEC*, 5 de mayo de 2020, <https://www.elespectador.com/coronavirus/motin-de-marzo-en-la-modelo-dejo-24-muertos-uno-mas-de-los-que-ha-admitido-el-inpec-articulo-917944/>

“La cámara cinco enfoca a otros diez funcionarios del Inpec que custodian a un grupo similar de detenidos tendidos en el suelo. Uno a uno los levantan a patadas y los hacen caminar recostados contra una pared, frente a tres guardianes. Uno tiene un bolillo, otro una varilla y el tercero un palo de 2 metros de longitud. A medida que van pasando los golpean violentamente. Una vez terminan esa tortura, los hacen desnudar y siguen hacia un campo abierto. Ahí los esperan otros guardianes que los reciben con una nueva paliza y los hacen seguir hacia otro lado en donde la cámara no alcanza a grabar”³⁹

En esta ocasión, la Comisión Interamericana hizo un llamado contundente al Estado colombiano para que implemente protocolos para prevenir los amotinamientos y restablecer las condiciones de seguridad en los centros penitenciarios, sin incurrir en la tortura, reiterando los derechos de la población privada de la libertad a la vida e integridad personal.

La precariedad investigativa en la identificación de gran cantidad de hechos constitutivos de tortura, es uno de los factores de persistencia de esta práctica en los centros penitenciarios, pues muchos de ellos se investigan como lesiones personales. Anudado a la falta de coordinación entre las diferentes entidades que tienen a su cargo denunciar e investigar hechos constitutivos de tortura, lo cual ha generado una producción de información inconsistente, discontinua y sin rigurosidad, tanto en las formas de levantamiento como en su sistematización. En el informe elaborado por el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos de 2021, *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas*, se evidencia esta falta de rigurosidad y falencias en la documentación de hechos de tortura en los establecimientos penitenciarios:

“la información de la Fiscalía no permite distinguir qué delitos han sido cometidos dentro del establecimiento o fuera de él; o si la víctima del delito es una persona privada de libertad o cualquier otra. En casi todas las entidades los mecanismos de levantamiento de información y de sistematización no cuentan con un adecuado enfoque diferencial, muy pocos casos pueden ser desagregados por la edad de la víctima, su sexo, raza, orientación sexual, institución penitenciaria, entre otros; lo cual invisibiliza posibles fenómenos particulares en razón de estas categorías”⁴⁰.

Las siguientes cifras sirven para ilustrar en alguna medida esta problemática de subregistro en los centros carcelarios, por el bajo número de personas privadas de la libertad que acceden a esta valoración:

³⁹ Revista Semana, *10 horas de terror*, 7 de junio de 2020, en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/en-exclusiva-masacre-carcel-la-modelo-pruebas-delamotinamiento-carcelario/677853>

⁴⁰ CSPP. *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas*. Pág., 30.

72

Personas privadas de la libertad valoradas por año en el servicio de clínica forense por sospecha de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. Colombia, enero 1 de 2013 a octubre 31 de 2021.

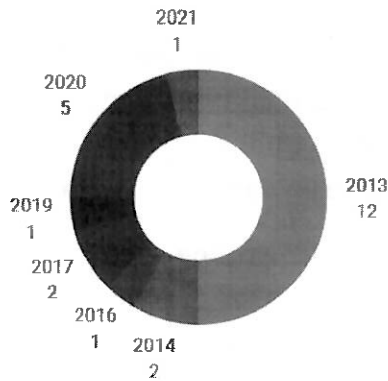


Gráfico 6 de elaboración propia a partir de los datos suministrados por el INPEC

Fuente: CSPP, *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas*, pág. 27.

Total de personas valoradas en el servicio de clínica forense por sospecha de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. Colombia, enero 1 de 2013 a octubre 31 de 2021.

Personas privadas y no privadas de la libertad valoradas en el servicio de clínica forense por sospecha de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. Colombia, enero 1 de 2013 a octubre 31 de 2021.

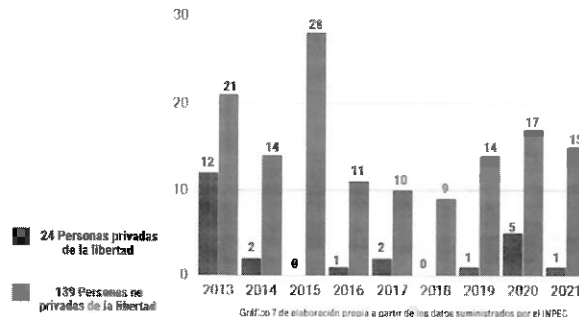


Gráfico 7 de elaboración propia a partir de los datos suministrados por el INPEC

Fuente: CSPP, *Tortura y malos tratos en las cárceles colombianas*. Pág. 27.

5. 3. Tortura y tratos crueles en centros de reclusión temporal durante protestas sociales

Durante las protestas sociales que se presentaron en el país entre 2019 y 2021, la Campaña *Defender la Libertad, Asunto de Todas* documentó los siguientes casos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes:

“[...]133 muertes arbitrarias producto del uso arbitrario de la fuerza, muchas de las víctimas fueron sometidas a torturas que ocasionaron su muerte. 80 casos de tortura durante detenciones administrativas y/o con fines de judicialización y 2607 heridos

producto de un uso excesivo y arbitrario de la fuerza, 107 de ellos con trauma ocular, para un total de 2820 posibles víctimas de tortura y TCID durante 215 días de movilización, es decir 13 víctimas de tortura por cada día de protestas⁴¹.

En sentido similar la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) y la Coalición Colombiana contra la Tortura, en el informe *Protestas sociales y uso excesivo de la fuerza en Colombia*, evidenciaron que las detenciones arbitrarias y el uso indebido del Código de Policía para retener y trasladar personas a estaciones de policía o URI fue una práctica persistente durante la protesta social por parte de miembros de la fuerza pública y el Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD).

De igual forma, las organizaciones defensoras de derechos humanos consolidaron información sobre casos de violencia contra las personas detenidas cuando se encontraban en un estado de indefensión, siendo sometidas a prácticas de tortura y tratos crueles dentro de los procedimientos. Lo que se ha convertido en una forma de amedrentar a quienes deciden movilizarse, a través de la captura, el señalamiento y la estigmatización⁴². En ese sentido el diario El País publicó un testimonio de una persona detenida que evidencia tales situaciones: “fui trasladado al Centro de Atención Inmediata (CAI) de la Policía con otros siete policías quienes nuevamente me someten a tortura, con bastones me golpean el rostro, y las manos a tal punto que terminan con fracturas. Cuando me ven casi inconsciente, me permiten salir del CAI. Una vez afuera fui auxiliado por la comunidad⁴³”.

La Campaña Defender la Libertad también documentó varios hechos de tortura en la protesta social. Uno de los casos que ilustran la ejecución de esta práctica es el del joven Johan Altamira Cuero “quien luego de ser arrollado por agentes de la Policía Nacional motorizados, fue conducido a un Centro de Atención Inmediata -CAI- de la Policía en el barrio Bosa Brasilia donde se le sometió a desnudez forzada, golpizas en todo el cuerpo y descargas eléctricas, al tiempo que le amenazaban de muerte y algunos policías con gasolina en las manos afirmaban que le incinerarían por ser negro⁴⁴”.

⁴¹ Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos. *Torturar y castigar a quien protesta*, Bogotá, diciembre de 2021, Pág. 101.

⁴² Coalición Colombiana contra la Tortura (CCCT) y Organización Mundial contra la Tortura (OMCT), *Protestas sociales y uso excesivo de la fuerza en Colombia: un análisis desde la lente de la prohibición de la tortura*, pág. 44.

⁴³ El País, *Las críticas acorralan a la policía antidisturbios de Colombia*, 2019, en: https://elpais.com/internacional/2019/12/10/colombia/1576017199_382353.htm

⁴⁴ Campaña defender la Libertad. El pasado 21 de noviembre en el marco del #ParoNacional y los operativos de la @PoliciaColombia en el barrio Bosa Brasilia, fue Torturado Johan Altamiranda, luego de ser arrollado con una moto. <https://twitter.com/defenderliberta/status/1200467145714491392>.

Incluso con anterioridad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe de 2017 señaló que:

“88. Durante las protestas, algunos oficiales de policía presuntamente perpetraron actos contra los manifestantes que podrían llegar a constituir malos tratos y/o tortura, tales como desnudez forzada, amenazas de muerte con matices racistas y repetidas golpizas. Algunos manifestantes fueron presuntamente arrestados y golpeados por miembros de la policía, trasladados a las estaciones de policía y forzados a admitir comportamientos violentos, siendo multados por ello. En Bogotá, el ACNUDH documentó el caso de una joven mujer que fue golpeada por 5 oficiales de policía mientras filmaba un documental sobre las protestas, resultando con lesiones graves en su cabeza. Si bien se presentó una denuncia formal ante la Fiscalía General de la Nación, ésta calificó el trato sufrido por la víctima como abuso de autoridad”⁴⁵.

Uno de los elementos que facilitan que la tortura y los tratos crueles se mantengan de forma persistente como método violento por parte del Estado en las protestas sociales, es el alto nivel de impunidad que rodea las investigaciones, lo cual también demuestra una absoluta falencia en la debida diligencia para identificar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. El informe menciona que la Fiscalía General de la Nación “solo adelanta tres investigaciones por tortura en relación con el último periodo del estallido social, y en una de ellas la víctima es un agente policial”⁴⁶.

De modo que el principal obstáculo al que se enfrenan las víctimas de tortura en el marco de las protestas sociales es el reconocimiento de los hechos vividos como una conducta delictual en sí misma, con sus efectos y modalidades, y no como simples lesiones personales o abusos de autoridad: “Esta calificación no solo desconoce la intencionalidad de los actores, sino que facilita que sus casos sean conocidos por la Justicia Penal Militar, impidiendo el acceso a un tribunal independiente e imparcial”⁴⁷.

Como se observa de todo lo anterior, pese a la férrea prohibición de la tortura y los tratos crueles, la realidad evidencia que estos se han venido practicando por décadas y continúan ejecutándose en prácticamente todo el territorio nacional. Han sido numerosos los casos de otras graves violaciones a los derechos humanos que han sido precedidas por actos de tortura contra las personas privadas de la libertad sobre los cuales no existen reportes ni

⁴⁵ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2017, disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/59b199b64.pdf>

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 109.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 109.

investigaciones por parte de los entes disciplinarios o judiciales. En consecuencia, ante la persistencia de la tortura en Colombia, permanece constante en el tiempo la recomendación de ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

VI. ANÁLISIS DE IMPACTO FISCAL

Conforme se ha expuesto, la ratificación del Protocolo Facultativo impondría al Estado colombiano dos obligaciones principales: (i) aceptar la competencia del Subcomité de Prevención y cooperar con éste; y (ii) establecer o designar uno o varios mecanismos nacionales de prevención.

Respecto de la primera obligación, las disposiciones financieras del OPCAT estipulan con claridad que los recursos para el funcionamiento y mandato del Subcomité para la Prevención serán sufragados por el presupuesto ordinario de las Naciones Unidas, al que ya aporta el Estado colombiano en su calidad de miembro de la Organización. Se itera que la ratificación o adhesión a Protocolo no implica entonces una carga contributiva extra para los Estados Partes. Adicionalmente, el OPCAT creó un *fondo especial* de contribuciones voluntarias destinado a apoyar financieramente a los Estados en la implementación de las recomendaciones hechas por el Subcomité, así como para sufragar los programas de educación dirigidos a los mecanismos nacionales de prevención. En este sentido, esta primera obligación no supone una erogación del Estado colombiano que implique un impacto fiscal a considerar.

En relación con la obligación de establecer o designar el mecanismo nacional de prevención, el análisis del impacto fiscal dependerá de múltiples factores que se definirán al futuro, en el marco de las adecuaciones normativas que se requieran para viabilizar el funcionamiento de dicho mecanismo. En efecto, la erogación que eventualmente exija el cumplimiento de esta obligación será muy distinta si se opta por crear una institucionalidad nueva, o si se determina designar las funciones del mecanismo a alguna entidad previamente existente con los debidos ajustes. Así entonces, si se acata como esperamos la recomendación insistente para que el mecanismo nacional sea establecido y regulado mediante una Ley, el análisis certero del impacto fiscal de tal obligación deberá ser considerado en el debate legislativo que se surta para su configuración.

VII. CONSTITUCIONALIDAD

De conformidad con nuestro ordenamiento, en particular al artículo 150 - numeral 16 de la Constitución, el Congreso de la República es competente de aprobar o improbar los Tratados

76



que el Gobierno celebra con otros Estados o con otros sujetos de Derecho Internacional; para ello, y de acuerdo al artículo 204 de la Ley 5 de 1992, el proceso que deberán seguir los proyectos de ley por medio de la cual se aprueban estos instrumentos internacionales es el procedimiento legislativo ordinario. Así mismo, según lo previsto en el artículo 2 de la Ley 3 de 1992, el estudio y trámite de los proyectos de ley aprobatorios de tratados internacionales le corresponde, en primer debate, a las Comisiones Segundas Constitucionales del Congreso; en consonancia con el artículo 154 de la Constitución, que estipula que los proyectos de ley relativos a relaciones internacionales iniciarán su trámite en el Senado. En tal virtud, le corresponde a esta Comisión Segunda del Senado de la República, conocer de la presente ponencia, en la cual se expone el instrumento en cuestión y se explica la importancia y relevancia de aprobar este Protocolo Facultativo.

Frente al proceso de negociación, suscripción y aprobación es de anotar que hasta el momento se ha dado cabal cumplimiento a las disposiciones constitucionales, particularmente al artículo 189 - numeral 2 de la Constitución Política de Colombia, relativo a la competencia del Gobierno nacional para a la negociación y ratificación de tratado internacionales, en virtud del cual corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa “[...] celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”. Con la presentación del proyecto al Congreso proveniente del Gobierno Nacional, también se da cumplimiento al numeral 22 del artículo 141 de la Ley 5 de 1992, que reitera que es iniciativa privativa del gobierno dictar “leyes aprobatorias de los Tratados o Convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”.

En cuanto a la constitucionalidad material del tratado que nos concita en esta oportunidad, los suscritos ponentes nos permitimos informar que el Protocolo Facultativo objeto de análisis satisface el estándar Superior aplicable a la negociación de instrumentos internacionales, basado en los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, más aún observando que se trata de un instrumento de derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas. No sobra recordar que la prevención de la tortura ya existe como obligación en la Convención contra la Tortura, de la que Colombia es Parte, que exige a los Estados que adopten las medidas necesarias de acuerdo a sus artículos 2, 11 y 16.6.

VIII. CONFLICTOS DE INTERÉS

De conformidad con lo establecido en el artículo 291 de la Ley 5ª de 1992 (modificado por el artículo 3º de la Ley 2003 de 2019), los ponentes deben presentar la descripción de las circunstancias o eventos que podrán generar un conflicto de interés para la discusión y

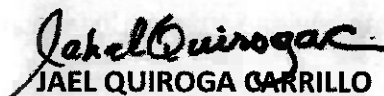
votación del proyecto, para que sirvan de criterios guías a los demás congresistas en cuanto a si se encuentran en alguna causal de impedimento.

Al respecto, y considerando la naturaleza del presente proyecto de ley aprobatorio de un tratado internacional de derechos humanos, consideramos que no existen motivos que puedan generar un conflicto de interés en las y los senadores para discutir y votar esta iniciativa de ley. A su vez, nos permitimos señalar que no nos encontramos incurso en ninguna causal o actuación que pudiera generar conflicto de intereses con el trámite y aprobación de esta iniciativa.

IX. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, nos permitimos rendir PONENCIA POSITIVA, y en consecuencia, solicitamos a las y los integrantes de la Comisión Segunda Constitucional permanente del Senado de la República aprobar en primer debate el Proyecto de Ley N° 276 de 2023 – Senado *“Por medio de la cual se aprueba el «Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas”*.

De los congresistas,



JAEL QUIROGA CARRILLO
Coordinadora Ponente
Senadora de la República



IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República



GLORIA INÉS FLÓREZ SCHNEIDER
Senadora de la República

X. ARTICULADO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE

Proyecto de Ley N° 276 de 2023 Senado

“Por medio de la cual se aprueba el «Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas”


EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: Apruébese el «Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el «Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes», adoptado en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, mediante Resolución A/RES/57/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que por el artículo primero de esta Ley se aprueba, obligará a la República de Colombia a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

ARTÍCULO TERCERO: La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.


Jael QUIROGA CARRILLO
Coordinadora Ponente
Senadora de la República


IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República


L276-2023-Senado-00062023
GLORIA INÉS FLÓREZ SCHNEIDER
Senadora de la República