



Implementación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en Estados Federales y Descentralizados

- Matt Pollard, Asesor Legal, APT

1. Introducción

Este documento fue elaborado con el objeto de contribuir a las discusiones del seminario “El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura: Implementación en Estados Federales y Descentralizados”, celebrado en Sao Paulo, Brasil, del 22 al 24 de junio de 2005. El seminario lo organizan conjuntamente la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL/Brasil) y la Comisión Teotoño Vilela (CTV).

Este documento:

- Expone los elementos clave del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante el Protocolo);
- Se refiere a la diversidad de formas que pueden tomar los Estados descentralizados;
- Analiza aspectos de la implementación del Protocolo en Estados federales y descentralizados, entre ellos:
 - una visión general de la naturaleza de las medidas requeridas por el Protocolo,
 - identificación de áreas delimitadas que generalmente son parte de una división federal y que son de particular interés en relación con el Protocolo,
 - estrategias y posibles soluciones a los desafíos que implica la implementación del Protocolo en Estados federales y descentralizados:
 - descripción del proceso que se está llevando a cabo para designar los “mecanismos nacionales de prevención” en varios Estados, como ejemplos ilustrativos.

2. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura

El Protocolo Facultativo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2002, entrará en vigor una vez sea ratificado por 20 Estados. A la fecha¹ 49 Estados han firmado el Protocolo y 15 han depositado su ratificación. Los elementos principales del Protocolo son:²

- Énfasis en la **prevención**, más que en la investigación posterior a los hechos;
- **Colaboración** con los Estados Partes para prevenir violaciones, más que condenas públicas a los Estados Partes por violaciones ya cometidas;
- Creación de una **instancia de expertos internacionales** en las Naciones Unidas (el “Subcomité para la Prevención”) y **organismos de expertos nacionales** (“mecanismos nacionales de prevención”) que deberá establecer cada uno de los Estados Partes;
- Ambos mecanismos, el internacional y los nacionales, realizarán **visitas periódicas** a lugares de detención con el objetivo de observar la situación, proponiendo **recomendaciones** y colaborando con los Estados Partes para su **implementación**, con el fin de lograr una mejor prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- El Protocolo incorpora intencionalmente un grado de flexibilidad en la estructura de los **mecanismos nacionales de prevención**, con el fin de garantizar su establecimiento, independientemente de la estructura del Estado:
 - El mecanismo nacional de prevención puede constar de uno o varios organismos.³
 - El Estado puede establecer un nuevo organismo nacional o puede designar organismos ya existentes.⁴ Entre estos pueden estar las comisiones de derechos humanos, *ombudsman*, comisiones parlamentarias, organismos de la sociedad civil o esquemas mixtos, entre otros.

No obstante, la flexibilidad no es ilimitada. En cada caso, el mecanismo nacional de prevención debe cumplir los requisitos de **independencia y efectividad** (incluidos la representatividad, recursos suficientes e integrantes con conocimientos especializados en la materia).⁵

¹ Hasta el 6 de diciembre de 2005.

² Para mayores detalles véase D. Long y N. Boeglin Naumovic, *El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: un manual para la prevención* (San José y Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2004).

³ Protocolo, Artículo 17.

⁴ Protocolo, Artículo 17.

⁵ Véase Long y Boeglin Naumovic, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 132-135.

- El sistema nacional, incluidos el mecanismo nacional de prevención y los cambios a la legislación nacional y procedimientos que permitan que el Subcomité Internacional desempeñe su trabajo, **deben ser designados o instalados un año** después de que entre en vigor el Protocolo o, una vez que está en vigor, un año después de la ratificación o adhesión del Estado.⁶
- Los miembros del mecanismo internacional y nacional deben tener **acceso a todos los lugares**, oficiales y no oficiales, donde se mantiene a un individuo privado de su libertad, incluyendo:
 - cárceles y estaciones de policía,
 - centros de detención preventiva,
 - centros para jóvenes y adolescentes,
 - lugares de detención administrativa,
 - instalaciones de seguridad y fuerzas militares,
 - centros de detención para inmigrantes y solicitantes de asilo,
 - zonas de tránsito en aeropuertos,
 - puntos de control en zonas fronterizas,
 - instituciones médicas y psiquiátricas.
- Deberá garantizarse que los expertos que integran los mecanismos tengan ciertos derechos y poderes para que sus visitas sean efectivas, entre los derechos y poderes se incluyen:
 - el derecho a realizar **entrevistas en privado** y sin testigos con cualquier persona privada de su libertad, así como a entrevistar a otras personas como personal de seguridad o médico y familiares de la persona detenida;
 - **acceso irrestricto a todos los archivos** de cualquier detenido y el derecho a revisar las medidas disciplinarias, sanciones y otros documentos pertinentes, como los registros con el número de personas detenidas y la localización de los lugares de detención;
 - **acceso a todos los servicios** de las instalaciones incluyendo, por ejemplo, dormitorios, comedores, cocinas, celdas de aislamiento, baños, áreas de ejercicio, talleres y unidades de atención médica.
- Al finalizar su visita, los mecanismos de prevención emitirán un **informe** y una serie de **recomendaciones** dirigidas a las autoridades pertinentes (como ministerios de justicia, del interior o seguridad, así como autoridades penitenciarias y otras). El enfoque general es de cooperación, requiriendo del Estado discutir la posible instrumentación de medidas con los mecanismos.⁷

⁶ A menos que el Estado emita una declaración en el marco del Artículo 24 del Protocolo, al momento de la ratificación, que permite que dicho Estado opte por un aplazamiento del cumplimiento de sus obligaciones respecto del mecanismo nacional de prevención por un periodo máximo de tres años con posibilidades de prorrogar dicho periodo por dos años más.

⁷ Artículo 12(d) obliga a los Estados "Examinar las recomendaciones del Subcomité para la Prevención y entablar un diálogo con éste sobre las posibles medidas de aplicación." El Artículo 22 hace una estipulación similar en relación con la instrumentación de las recomendaciones del Mecanismo Nacional de Prevención.

- El Subcomité Internacional tratará con los Estados sobre la base de completa **confidencialidad**, salvo en circunstancias excepcionales en las cuales el Estado publique sólo parte de un informe del Subcomité o se niegue a cooperar con el trabajo de dicho Subcomité.⁸ El mecanismo nacional de prevención, por otro lado, no está necesariamente restringido a trabajar sobre la base de la confidencialidad; por lo contrario, el Protocolo obliga a los Estados a publicar y difundir por lo menos un informe anual sobre el trabajo del mecanismo nacional de prevención.⁹

3. Estados descentralizados

La descentralización en las estructuras del Estado puede tomar múltiples formas. Por ejemplo, una forma común de descentralización consiste en delegar a municipios o gobiernos locales cierta autoridad delimitada, que generalmente incluye autoridad sobre ciertas políticas locales. La Constitución de México, por ejemplo, establece que los municipios serán responsables por una gama de servicios públicos incluidos “seguridad pública” y “policía municipal preventiva”.¹⁰ La autoridad de gobiernos municipales, sin embargo, generalmente está sujeta al consentimiento o anulación de un nivel más alto de gobierno.¹¹

También es común una división de autoridad “federal” más arraigada entre un gobierno centralizado “federal” o “nacional” y gobiernos de “estados” o “provincias”. En el Continente Americano, dichas estructuras las encontramos en Brasil, México, Argentina, Venezuela, Canadá y Estados Unidos. Para los propósitos de este trabajo, generalmente haremos referencia a los gobiernos centralizados como “gobiernos federales” y a los gobiernos descentralizados (de las provincias o estados) como “gobiernos regionales”.

Generalmente, la descentralización divide la autoridad sobre la base de unidades geográficas definidas y/o categorías de temas. La Constitución puede definir una lista de temas como “salud”, “defensa nacional”, “inmigración” para el gobierno federal, con una lista similar para los gobiernos regionales, tratando de dividir más o menos equilibradamente toda la autoridad posible entre los dos niveles de gobierno.¹² A un nivel de gobierno se le podría otorgar poder sobre todos los aspectos que no se asignaron específicamente al otro nivel de gobierno.¹³ No obstante, algunos Estados descentralizados también pueden definir las competencias de diferentes niveles de gobierno en términos de jurisdicción sobre cierto tipo de individuos, por ejemplo sobre pueblos indígenas y extranjeros/as. Así, la Constitución de Canadá establece que el gobierno federal tendrá jurisdicción exclusiva, entre otras cosas, sobre los “indígenas” y “extranjeros”.¹⁴

⁸ Véase Artículo 16.

⁹ Véase Artículo 23.

¹⁰ Constitución de México, Artículo 115 (II) y (III)(h). También véase Artículo 178(7) de la Constitución de Venezuela, que coloca “prevención y protección” del vecindario y “servicios de policía municipal” bajo el gobierno y administración municipal.

¹¹ Así, el Artículo 115 de la Constitución de México señala que los Municipios tienen la responsabilidad con la asistencia del Estado cuando así se considere necesario y cuando la ley así lo determine. Mientras que el Artículo 178 de la Constitución de Venezuela establece que la autoridad sobre los servicios de policía municipal se ejercerá de acuerdo con la legislación nacional aplicable. También véanse el Artículo 123 de la Constitución de Argentina.

¹² Véase por ejemplo, secciones 91 y 92 de la Constitución de Canadá, de 1867.

¹³ Véase la discusión en José Ma. Serna de la Garza “Constitutional Federalism in Latin America”, 2000, 30 Cal. W. Int'l L.J. 277.

¹⁴ Artículos 91(24) y (25) de la Constitución de Canadá de 1867.

Incluso en los sistemas federales que nominalmente tratan a los gobiernos federal y regionales como si tuvieran competencias “exclusivas” sobre ciertos asuntos, inevitablemente surgen traslapes. Esto puede deberse a que las diferencias que las autoridades asignan a cada uno de los gobiernos federal y regionales no estén claramente delimitadas: en Canadá por ejemplo, al gobierno federal se le otorga autoridad sobre “el establecimiento, mantenimiento y administración de las penitenciarías”, mientras que a cada provincia se le da autoridad sobre el “establecimiento, mantenimiento y administración de cárceles públicas y reformatorios en y por la provincia.”¹⁵ (Esta distinción es muy clara en la práctica, en los términos de la legislación criminal ordinaria, ya que todas las personas sentenciadas a periodos de encarcelamiento de dos años o más son encarceladas en una penitenciaría federal, mientras que aquellas sentenciadas a menos de dos años lo son en una cárcel provincial. Sin embargo, esta división no se encuentra escrita en ninguna parte de la Constitución.)

El traslape también podría darse a causa de los arreglos administrativos que se asumen de manera contractual entre diferentes niveles de gobierno, por ejemplo: ciertas provincias de Canadá entraron en un “Acuerdo de Intercambio de Servicios” con el gobierno federal mediante el cual prisioneros/as sentenciados/as “federalmente” podrían ser privados/as de su libertad en cárceles provinciales y aquellos/as sentenciados/as “provincialmente” podrían ser encarcelados/as en penitenciarías. Además, en Canadá la mayor parte de las provincias establecieron acuerdos con el gobierno federal para contar con los servicios de la policía montada de Canadá (*Federal Royal Canadian Mounted Police*), área que de otra manera sería responsabilidad exclusiva de la jurisdicción provincial.¹⁶

Asimismo, el traslape puede ocurrir cuando ciertas medidas que necesariamente están vinculadas con el otorgamiento directo de poder al gobierno federal, por ejemplo, se asemejan a medidas que el gobierno regional puede tomar, ya que recibe un otorgamiento directo de poder. Por ejemplo, puede que cotidianamente el gobierno regional tenga autoridad exclusiva para tratar asuntos policiales dentro de su territorio, pero puede que el gobierno federal tenga autoridad implícita sobre asuntos policiales en aeropuertos internacionales si tiene autoridad directa sobre el transporte aéreo o los aeropuertos internacionales.

También puede suceder que algunos Estados reconozcan formalmente áreas de autoridad simultánea en relación con algún asunto. Por ejemplo, el Artículo 24 de la Constitución de Brasil establece explícitamente que “la Unión, los estados y el Distrito Federal tienen el poder de legislar simultáneamente sobre” una gama de tópicos, entre los que se incluyen legislación “penitenciaria” y “protección y defensa de la salud”.

En cualquier situación, cuando ocurra traslape, puede que la constitución proporcione explícitamente o no una fórmula para resolver los conflictos entre las unidades políticas central y descentralizadas. Por ejemplo, el Artículo 24(4) de la Constitución de Brasil especifica que la legislación federal aplicada a normas generales en un área de autoridad simultánea “suspende la efectividad de la legislación estadual cuando las dos sean contrarias.” En ausencia de reglas constitucionales claras, los tribunales estarán forzados a

¹⁵ Artículo 91(28) y 92(6) de la Constitución de Canadá de 1867.

¹⁶ Véase: http://www.rcmp-grc.gc.ca/ccaps/contract_e.htm <consultada el 26 de mayo de 2005>.

diseñar reglas y resolver disputas caso por caso. Este es el caso en Canadá, donde los tribunales diseñaron y aplicaron teorías complejas, que en ocasiones llegan a resultados contradictorios, en ausencia de una fórmula constitucional clara para resolver los conflictos.¹⁷

Los gobiernos federales también podrían buscar maneras de supeditar las limitaciones de su autoridad recurriendo a formas de apoyo político que no dependan directamente de la competencia legislativa en el área. Por ejemplo, a pesar de que la jurisdicción exclusiva sobre la mayoría de aspectos de atención a la salud recaen claramente en los gobiernos provinciales de Canadá, se creó un sistema de atención médica nacional uniforme, cuyos principios guía los estableció la legislación federal a través de la Ley de Salud de Canadá (*Canada Health Act*). En esencia, las bases para este arreglo descansan sobre acuerdos políticos y económicos, más que en la autoridad legislativa-constitucional *per se*: el gobierno federal aporta cierto financiamiento para la provisión de servicios médicos, el cual está disponible para los gobiernos provinciales, pero sólo mientras dichos gobiernos sigan cumpliendo las reglas establecidas en la legislación federal.¹⁸ De esta manera, el gobierno federal tiene una autoridad relativamente ilimitada para gastar sus ingresos, con el fin de alcanzar indirectamente objetivos de política nacional que de otra manera quedarían fuera de su jurisdicción. Esto ilustra que estrategias de política realista, aparejadas con negociaciones de buena fe entre todos los actores de los distintos gobiernos federal y regionales, pueden superar serios obstáculos estructurales constitucionales.

La diversidad de variantes en las estructuras de los Estados es potencialmente infinita, sin embargo, en la mayoría de las situaciones la cooperación entre los diferentes niveles de gobierno es políticamente factible y puede permitir la instrumentación efectiva en todo el país de objetivos comunes, incluyendo las obligaciones que emanan de los tratados internacionales, aún cuando la autoridad de ambos gobiernos, el federal y el regional, este implicada. Las siguientes secciones examinan tendencias generales y ejemplos específicos de la legislación y práctica de los Estados descentralizados para aplicar los tratados sobre derechos humanos, como el Protocolo, para después enfocarnos específicamente sobre los mecanismos nacionales de prevención.

4. Implementación del Protocolo en Estados federales y descentralizados

(a) Naturaleza de las medidas necesarias

Resumen:

A partir de la descripción de los elementos clave del Protocolo establecidos en el apartado 2, los Estados tienen la obligación de tomar las siguientes medidas para su implementación:

- Dotar al Subcomité Internacional de:

¹⁷ Véase Joseph E. Magnet, "Special Topics: Paramourty and Interjurisdictional Immunity", <http://www.constitutional-law.net/paramourty.html> <consultado el 26 mayo de 2005>.

¹⁸ Véase Government of Canada, "1957 - Advent of Medicare in Canada: Establishing Public Medical Care Access", <http://canadianeconomy.gc.ca/english/economy/1957medicare.html> y Canada Parliament, Research Service, "The Canada Health Act: Overview and Options", 16 de junio de 2003, <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/944-e.htm> <consultado el 26 de mayo de 2005>.

- derecho estatutario¹⁹ para acceder sin aviso previo²⁰ a todos los lugares donde se encuentren personas privadas de su libertad, sin tener que avisar siquiera a las autoridades del lugar en cuestión;
 - derecho para acceder a todos los registros pertinentes y otra información,
 - derecho a entrevistar en privado a todas las personas relacionadas con la privación de libertad.
- Garantizar que el derecho del Subcomité Internacional a realizar visitas no esté sujeto a excepción alguna, a menos que se trate de las restricciones excepcionales y temporales mencionadas en el Protocolo;²¹
 - Proveer al mecanismo nacional de prevención con el derecho legal para acceder a todos los lugares,²² registros y otra información, y el derecho a entrevistar en privado a todas las personas relacionadas con la privación de la libertad, sin excepciones;
 - Garantizar que el estatuto legal de creación de los mecanismos nacionales de prevención incorpore los requisitos de independencia y efectividad;
 - Establecer protecciones legales para todas las personas, incluidos los/as oficiales encargados/as de hacer cumplir la ley y las personas privadas de su libertad, que cooperan con el Subcomité Internacional y los mecanismos nacionales de prevención;
 - Asegurar que el estatuto para el/los mecanismo(s) nacional(es) de prevención los autorice a hacer recomendaciones y a publicar dichas recomendaciones;
 - Establecer un proceso para recibir, responder y actuar sobre las recomendaciones del Subcomité Internacional y el mecanismo nacional de prevención.

División de autoridad para la implementación de medidas:

¹⁹ Con respecto al Subcomité Internacional (aunque no el mecanismo nacional de prevención) si bien no es necesario que se autorice explícitamente al Subcomité a cumplir con su mandato, esta autorización legal es preferible. De lo contrario, será suficiente si el(los) gobierno(s) tiene(n) claramente el poder para requerir que todos los individuos relevantes e instituciones permitan y cooperen con el trabajo del Subcomité.

²⁰ Si bien evidentemente el Subcomité Internacional necesita, sino por otras razones, por razones de logística, informar con anticipación al Estado sobre su visita, al mismo tiempo es importante mantener un elemento de sorpresa al realizar las visitas a las personas detenidas, con el fin de obtener una verdadera imagen del trato que reciben cuantos están privados de su libertad y de sus condiciones de detención: Long y Boeglin Naumovic, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 71 y 124.

²¹ El acceso a un lugar sólo puede ser denegado si se reúnen los elementos establecidos por el Artículo 14(2) del Protocolo: "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". La visita sólo podrá retrasarse temporalmente. Además el Protocolo específicamente establece que no podrá hacerse valer un estado de emergencia para oponerse a una visita.

²² Nuevamente, como en el caso del Subcomité Internacional, el derecho que establece el Artículo 20(c) del Protocolo para que el mecanismo nacional tenga acceso, debe leerse de manera que se incluya el derecho a visitar lugares *sin previo aviso*: esta interpretación es necesaria para que el mecanismo nacional de prevención prevenga efectivamente la tortura y otras formas de maltrato, como busca hacerlo el Protocolo. Véase Long y Boeglin Naumovic, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 132.

En el contexto del Protocolo, es de particular importancia definir competencias ejecutivas y legislativas entre gobiernos federales y regionales, con respecto a los siguientes temas:

- implementación de los tratados en general,
- derechos humanos en general (o tortura y otros malos tratos en particular),
- policía y estaciones de policía,
- legislación penal, administración de justicia, juzgados e instalaciones de detención preventiva,
- cárceles, incluidas las instalaciones para detención de jóvenes,
- instituciones de salud mental y psiquiátricas,
- zonas fronterizas, aeropuertos e instalaciones para inmigrantes,
- instalaciones militares,
- instalaciones educativas, particularmente escuelas con residencia,
- instalaciones médicas, especialmente instalaciones para el control de enfermedades que a su vez tengan instalaciones de cuarentena y atención de largo plazo que alberguen personas que no tengan control total sobre su libertad personal (es decir, en algunas circunstancias, las personas adultas mayores),
- cualquier jurisdicción basada en la identidad de los pueblos originarios: indígenas, jóvenes y extranjeros/as, por ejemplo.

El proceso de negociación de los tratados internacionales generalmente recae formalmente bajo la autoridad exclusiva de las instituciones del gobierno federal, sin embargo, la situación con respecto a la *implementación* del tratado varía considerablemente. En algunos Estados, el gobierno federal tiene el poder de aprobar una legislación específica para poner en práctica un tratado ratificado, incluso si la materia del mismo cae en el ámbito de competencia de un gobierno regional. Por ejemplo, en Australia, la sección 51 (xxix) de la Constitución otorga al Parlamento de la Mancomunidad (federal) el poder de legislar para hacer que las obligaciones australianas relativas a un tratado formen parte de la legislación australiana. El parlamento federal podría implementar cualquier tratado, independientemente de la materia a que haga referencia.²³

En otros Estados, el gobierno federal no puede implementar por sí solo un tratado ratificado: si toda o parte de la materia del tratado cae en el ámbito de competencia de gobiernos regionales, éstos desempeñan un cierto papel en el proceso legislativo. Por ejemplo, en

²³ State of Victoria, "Federal-State Relations Committee Report on International Treaty Marking and the role of the States", Chapter 1, <http://www.parliament.vic.gov.au/fsrc/report1/front/Summary.htm>.

Canadá la implementación recae tanto en legislación federal como en legislación y acciones de los gobiernos provinciales y territoriales para satisfacer sus obligaciones en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que el gobierno federal no puede por sí mismo tomar medidas legislativas en aquellas áreas de competencia provincial.²⁴

Es posible encontrar posiciones intermedias, donde el gobierno federal puede legislar, si el gobierno regional no lo ha hecho, con respecto a cierta materia. Véase, por ejemplo, el Artículo 24 de la Constitución de Brasil, que indica que en el campo de las “penitenciarias”, entre otros aspectos, la ausencia de una ley federal permitirá que los gobiernos regionales ejerciten plena autoridad legislativa hasta que el gobierno federal decida “ocupar” el área en cuestión con una resolución federal.²⁵

Otra posibilidad es que un tratado internacional sea instrumentado por poderes que *suponen* estar vinculados a un ámbito *directo* de la autoridad legislativa del gobierno federal. Por ejemplo, en Estados Unidos, el gobierno federal, para establecer programas de asistencia social a gran escala, construir el sistema de autopistas interestatales, aportar fondos públicos para la educación pública y comprometerse con miles de actividades no expresamente ubicadas bajo su competencia, cuenta con poderes constitucionales “tácitos”, asociados con una cláusula relativa al “bienestar general” incluida en el Preámbulo de la Constitución, una cláusula sobre la adopción de una ley “necesaria y apropiada” al desempeño de las funciones del Congreso y una cláusula específica sobre comercio, incluidas en el Artículo 1 de la Constitución.

En otros casos, algunos Estados no ratifican un tratado hasta que no se aseguren que pueden cumplir plenamente con las disposiciones del mismo, como es el caso de Suiza. En este país, cuando un tratado tiene incidencia sobre la división de poderes constitucionales, el gobierno federal tendrá que encontrar una forma de cumplir con el tratado *antes* de ratificarlo.

En otros Estados, un gobierno federal puede ratificar un tratado antes de proceder a consultas internas con los gobiernos regionales para poner en marcha medidas relativas a la implementación: Argentina es un ejemplo. En este Estado, la ratificación del gobierno federal puede ayudar a llevar a la mesa de negociación a todos los actores regionales para encontrar acuerdos sobre medidas de implementación del tratado.

Si un gobierno federal no tiene la autoridad exclusiva para legalizar la aplicación de tratados internacionales en general, puede ser que todavía tenga suficiente autoridad constitucional para implementar un tratado en particular, si la temática del mismo entra dentro de su área de competencia. Esto podría estar definido en forma amplia como “derechos humanos”²⁶ o bien podría expresarse en una combinación amplia de fuentes de autoridad como “prisiones”, “policía” y “salud”.

Si existiera cualquier situación en la cual el gobierno federal no puede aplicar por sí mismo un tratado sobre derechos humanos, se requiere de algún método para obtener un acuerdo con los gobiernos regionales. Los organismos de los tratados de derechos humanos han

²⁴ Véase, por ejemplo, Fifth Periodic Report to the Human Rights Committee by Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/2004/5.

²⁵ Véase discusión en Serna de la Garza, *supra*, nota 13, p. 293.

²⁶ Véase, por ejemplo, Artículo 23 de la Constitución de Argentina.

indicado, en algunas ocasiones, que es *deber* de los Estados federales establecer mecanismo de aplicación y monitoreo con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.²⁷ La siguiente sección de este trabajo examina ejemplos de posibilidades y estrategias para conseguir la cooperación nacional necesaria que permita implementar los tratados de derechos humanos en Estados federales y descentralizados.

(b) Estrategias y soluciones

Desde la perspectiva del derecho internacional, la auto-imposición de restricciones sobre procesos internos necesarios para la implementación de tratados no es una excusa para no cumplir con las obligaciones internacionales, aunque esta restricción surja de una división de poderes formalmente definida en una Constitución escrita.²⁸ Esto es doblemente válido en el caso del Protocolo debido a una estipulación expresa, según la cual, “Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitaciones ni excepción alguna.”²⁹

Sin embargo, desde la perspectiva de la búsqueda de una plena y efectiva implementación de los tratados de derechos humanos, habrá de reconocerse que los Estados federales y descentralizados enfrentan especiales desafíos en la práctica. Si nuevos instrumentos internacionales habrán de ratificarse y ponerse en práctica, la comunidad internacional debe trabajar con los gobiernos nacionales, instituciones y miembros de la sociedad civil para encontrar soluciones a los retos especiales que enfrentan los Estados descentralizados.

A través de ejemplos de países específicos, la siguiente parte de este documento considerará cómo distintos Estados descentralizados están procediendo para poner en práctica el Protocolo. Sin embargo, desde un inicio y sobre la base de las experiencias acumuladas hasta la fecha por los Estados, habrá que considerar el siguiente marco general para la implementación del Protocolo en los Estados descentralizados, sea después de la ratificación o bien en el proceso de negociación de consentimiento de la ratificación:

²⁷ Véase, por ejemplo, *Concluding observations of the Human Rights Committee: Germany*, 4 de mayo de 2004, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU, parágrafo 12: según el cual los Estados Partes siguen siendo responsables en relación con el Artículo 50, o cláusula de los Estados federales de la Convención, por lo cual deben establecer los mecanismos apropiados entre los niveles federal y regionales de manera que garanticen la plena aplicabilidad de la Convención.

²⁸ Véase la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Artículo 27; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (1932), Advisory Opinion, P.C.I.J. (Ser. A/B) No. 44 at 24; Ariel E. Dulitzky, “Implementación del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Los Sistemas Federales: El Caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Republica Argentina” (de próxima aparición, El Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina).

²⁹ Protocolo, Artículo 29. Entonces el problema que en ocasiones se encuentra con la cláusula de los Estados Federales, de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* (véase Ariel E. Dulitzky, *supra*, nota 27) no es una objeción en relación con el Protocolo. Ciertamente los gobiernos federales tienen la obligación de hacer todo lo que esté en su poder para garantizar que los gobiernos regionales tomen las medidas necesarias para implementar el Protocolo, por lo que no hay duda de que el gobierno federal sigue siendo, bajo cualquier circunstancia, responsable ante la comunidad internacional por la falta de aplicación y cumplimiento de las obligaciones de dicho Protocolo, incluso cuando así suceda en el caso de un gobierno regional.

1. Evaluar si el gobierno federal posee suficiente autoridad constitucional para poner en marcha por sí mismo la legislación necesaria para la implementación o si requerirá la acción y consentimiento de los gobiernos regionales.
2. Referirse a cualquier proceso existente que tenga que ver con el proceso de ratificación o instrumentación de tratados o que tenga que ver con derechos humanos o establecimiento de consultas *ad hoc* y procesos de negociación. En cualquier caso, los Estados deben garantizar que la sociedad civil, particularmente las organizaciones no gubernamentales, quede incluida a lo largo de este proceso.
3. Evaluar si es necesario hacer cambios legislativos para garantizar que el Subcomité Internacional cuente con los poderes requeridos por el Protocolo y, en caso afirmativo, ¿qué gobiernos participarán?
4. Revisar el o los mecanismos nacionales existentes que ya realicen visitas a lugares de detención, para evaluar los vacíos en la cobertura, geográfica y temática, la independencia o los poderes, en la medida que se pueda hacer la comparación con los criterios de los mecanismos nacionales de prevención del Protocolo.³⁰
5. Determinar la frecuencia y duración de las visitas para que sean efectivas en el contexto geográfico e institucional del Estado. También se requiere hacer estimaciones de los recursos humanos y financieros necesarios.
6. A la luz de las evaluaciones de los mecanismos existentes y recursos necesarios, determinar por medio de consultas, diálogos y negociaciones con todas las partes interesadas, si se designa un mecanismo o mecanismos existentes con cambios legislativos necesarios o se crea un nuevo mecanismo nacional de prevención:
 - Como se verá en los ejemplos que citaremos a continuación, entre los posibles modelos para mecanismo nacional de prevención, nuevos o existentes, en Estados descentralizados, se incluyen los siguientes:
 - **Un organismo nacional unificado**
 - Promulgado y nombrado únicamente por el gobierno federal;
 - Promulgado y nombrado por los gobiernos federal y regionales, cada uno de ellos actuando según su propia autoridad constitucional, pero creando un mecanismo nacional administrado entre ambos.
 - **Múltiples organismos**³¹

³⁰ Para un mayor detalle de la evaluación de los mecanismos de visita existentes, véase Walter Suntinger, "National Visiting Mechanisms: Categories and Assessment" (26 de junio, 2003), en Association for the Prevention of Torture, *Visiting Places of Detention: Lessons Learned and Practices of Selected Domestic Institutions, Report on an expert seminar*, Ginebra, julio, 2003. Suntinger evalúa un conjunto de mecanismos de visita existentes por medio de las siguientes categorías: inspección administrativa interna, inspección por parte de una instancia mixta establecida en común acuerdo con la respectiva autoridad/ministerio, inspección a cargo de instituciones nacionales de derechos humanos incluido el *ombudsman*, inspección hecha por órganos parlamentarios, inspecciones judiciales e inspección de parte de las ONG entre otros modelos.

³¹ En cualquier modelo donde se contemplen múltiples organismos, se requerirán esfuerzos y recursos adicionales para garantizar consistencia entre las actividades del mecanismo nacional de prevención, y para

- Cada uno actuando regionalmente, en el territorio que es responsabilidad el gobierno particular;
- Un organismo promulgado y nombrado por los gobiernos regionales (cubriendo su jurisdicción regional), y un segundo organismo promulgado y nombrado por el gobierno federal (cubriendo toda su jurisdicción federal);
- Cada uno actuando sobre diferentes tipos de detención, por ejemplo: instalaciones de detención de inmigrantes, centros de detención preventiva, cárceles, instalaciones psiquiátricas, instalaciones militares;
- Agencias especializadas que tienen que ver con las personas a partir de su identidad, por ejemplo el estatus de los pueblos indígenas, o
- Cualquier combinación de las anteriores.

7. Determinar el método de selección de los miembros del mecanismo o los mecanismos nacionales de prevención y cómo participarán las ONG nacionales y otros miembros de la sociedad civil.

La decisión sobre cuál forma de mecanismo nacional de prevención es la mejor y políticamente aceptable en un Estado dado, dependerá de un conjunto de factores. En algunos Estados descentralizados, una dimensión geográfica relativamente pequeña y autoridad nacional constitucional o la presencia de diversos gobiernos regionales muy pequeños con poca población, podría significar que un mecanismo nacional de prevención único representará el modelo más eficiente y efectivo. En otros Estados de mayores dimensiones geográficas con una población dispersa y autoridad constitucional dividida, quizá sería menos costoso y más efectivo contar con múltiples mecanismos nacionales de prevención en todas las jurisdicciones del país.

Sin embargo, donde se contemple un enfoque de múltiples mecanismos nacionales de prevención, puede resultar difícil mantener consistencia en las recomendaciones y hallazgos, lo cual resulta preocupante tanto para las personas privadas de libertad, como para los gobiernos afectados. Por esta razón, vale la pena recordar que un mecanismo nacional de prevención unificado administrativamente puede estar constituido por un número relativamente alto de miembros con oficinas geográficamente dispersas, o comités, lo cual ayudará a reducir la necesidad de viajar y otros costos. Por ejemplo, el Consejo Austriaco Asesor de Derechos Humanos tiene la responsabilidad de evaluar la actividad policial con especial atención en el mantenimiento de los estándares de derechos humanos. Está constituido por seis comités regionales de expertos que realizan visitas; la división se hizo de acuerdo con la organización de los tribunales austriacos.³² Mientras la carga de trabajo se divide entre las oficinas regionales o comités, el costo estimado para cualquier mecanismo nacional de prevención no sólo debe incluir el costo de las visitas propiamente dichas, sino

garantizar que los mecanismos y el Subcomité Internacional se comuniquen efectiva y eficientemente, tal y como lo requiere el Protocolo. En la mayoría de los casos, ello implicará la creación de cierta forma de agencia coordinadora nacional. Véanse los párrafos *infra* para una mayor discusión de los temas asociados con múltiples modelos de mecanismos nacionales de prevención.

³² Para mayor información sobre la estructura y operación del Consejo Austriaco Asesor de Derechos Humanos véase su página electrónica en: http://www.menschenrechtsbeirat.at/en/index_en.html (revisada el 6 de junio de 2005).

por lo menos el de una sesión “plenaria” anual, donde todos los miembros de los mecanismos nacionales de prevención o representantes de cada uno de los mecanismos se reúnen para intercambiar hallazgos y metodologías, y así garantizar mejor la consistencia.

En cada caso, es esencial garantizar que estén cubiertos todos los lugares donde se priva de la libertad a las personas, que cada mecanismo visitante cuente con los conocimientos y experiencia necesarios y cuente con todo los poderes y garantías requeridas por el Protocolo, y que el esquema general sea administrativamente manejable y tenga efectos y resultados consistentes. Al respecto, sería difícil de reconciliar y confiar en un trabajo suelto y fragmentado de las entidades existentes, y particularmente hacerlo consistente con los requerimientos del Protocolo. Los Estados deben tener la capacidad de proporcionar información unificada con respecto a la aplicación del Protocolo ante el Subcomité Internacional.³³ Los Estados que se encuentren aplicando un modelo de varios mecanismos nacionales de prevención, deben considerar establecer una sola agencia coordinadora, con el fin de garantizar que el Subcomité Internacional y los mecanismos nacionales de prevención puedan comunicarse efectiva y eficientemente unos con otros, como lo requiere el Protocolo.³⁴

Además, cuando un Estado designa como mecanismo nacional de prevención a organismos de visitas ya existentes, en el marco del Protocolo, cualquier visita que hagan dichos mecanismos a “lugares donde las personas están privadas de su libertad” como lo define el Protocolo, automáticamente constituirán una visita que debe cumplir con todos los requerimientos del instrumento. En otras palabras, si un grupo de la sociedad civil es designado como mecanismo nacional de prevención en el marco del Protocolo y en el curso de una visita se le niega el derecho a la entrevista privada con cualquier persona que ellos desearan³⁵ o se le niega acceso a una parte de las instalaciones de detención,³⁶ el Estado no podrá argumentar que no se trataba de una “visita del Protocolo” y que se trataba más bien del “trabajo cotidiano” de la organización y que, por tanto, no estaba sujeto a las garantías del Protocolo.

Debemos subrayar que frecuentemente es necesario cambiar los poderes y mandatos de los mecanismos existentes si se los designa como mecanismo nacional de prevención de acuerdo al Protocolo. Por ejemplo, la independencia y el trabajo del mecanismo nacional de prevención requieren que sea el mismo mecanismo, y no el Estado, quien decida el momento, tipo y lugar a visitar, y es posible que los mecanismos existentes carezcan de esta discrecionalidad. Asimismo, es importante reconocer que ciertas formas de mecanismos existentes, si bien cumplen una función muy importante, están imposibilitados de satisfacer los requerimientos del Protocolo en términos de independencia: este es el caso, por ejemplo, de los sistemas de inspección administrativa internos.³⁷

(c) Ejemplos de procesos de implementación del Protocolo en Estados descentralizados

³³ Protocolo, Artículo 12(b).

³⁴ Protocolo, Artículos 12(c) y 20(f).

³⁵ Protocolo, Artículo 14(d).

³⁶ Protocolo, Artículo 14(1)(c).

³⁷ Véase Suntinger, *op. cit.*, *supra* nota 30, pp. 76-77.

Para ilustrar un conjunto de aspectos, estrategias y soluciones para la instrumentación del Protocolo en Estados descentralizados, en los siguientes párrafos se resume la situación en varios Estados, a saber:

- El uso de procesos de consulta permanente (Canadá);
- La creación de procesos de cooperación *ad hoc* (Suiza);
- La designación de múltiples organismos existentes como mecanismo nacional de prevención (Reino Unido);
- Legislación de distintos niveles de gobierno para autorizar el mecanismo nacional de prevención (Alemania);
- El primer Estado Parte federal del Protocolo (Argentina);
- Un amplio proceso de consulta (México).

La información sobre distintos países contenida en esta sección la obtuvimos de una diversidad de fuentes, incluida una reunión informal sobre la implementación del Protocolo Facultativo en los Estados federales, realizada en la Misión Permanente de Canadá en Ginebra, en el mes de enero de 2005. Sin embargo, no es el resultado de una investigación exhaustiva. Por otra parte, la situación en cada país podría cambiar o desarrollarse de manera repentina, por lo cual la información que proporcionamos es sólo un antecedente y a modo ilustrativo. Estos resúmenes no representan el apoyo por parte de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) al proceso o acción de ningún Estado en particular.

Mecanismos de consulta permanentes: Canadá

Algunos Estados, como Canadá, han establecido mecanismos permanentes para cumplir con sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos, incluida la ratificación e implementación de nuevos tratados internacionales de derechos humanos. En Canadá, el gobierno federal tiene autoridad constitucional para firmar y ratificar tratados y es responsable bajo el derecho internacional por la instrumentación de los mismos. Si bajo la división de poderes en la Constitución de Canadá, el gobierno federal posee autoridad legislativa con respecto a la materia específica del tratado, puede tomar las medidas necesarias para aplicarlo; sin embargo, si la materia específica del tratado cae en el ámbito de la autoridad legislativa provincial, es la provincia la que debe aplicar el tratado.

Los lugares de detención recaen en áreas compartidas de autoridad, dependiendo de la extensión de la pena en prisión, la fuerza policial que efectúa la detención, la ubicación de las instalaciones, entre otros factores. Así, en la práctica el gobierno federal buscará el consentimiento de las provincias antes de firmar o ratificar el Protocolo, ya que él no puede forzar a las provincias a cumplir con las obligaciones del instrumento.³⁸

³⁸ “Para evitar el problema de ser responsable internacionalmente por obligaciones que no puede cumplir, el gobierno federal ha adoptado una práctica de consulta con las provincias y territorios, y obtener su consentimiento antes de firmar y ratificar tratados relacionados totalmente o en parte con materias de su jurisdicción.” [La traducción es nuestra] La práctica se formalizó mediante un acuerdo alcanzado en una reunión de 1975 entre los ministros federal y provinciales responsables de los derechos humanos. En la misma reunión, quedó establecido el *Continuing Committee of Officials on Human Rights*. Parliament of Canada, Senate, *Promises to Keep: Implementing Canada’s Human Rights Obligations*, Report of the Standing Senate Committee on Human Rights (December 2001).

El gobierno federal y las provincias crearon en 1975 un Comité Permanente sobre Derechos Humanos (*Continuing Committee of Officials on Human Rights*) que incluye funcionarios que representan departamentos federales relevantes para los derechos humanos, así como representantes para cada uno de los gobiernos provinciales y territoriales de Canadá.³⁹ Dicho Comité se encarga de las obligaciones internacionales que Canadá tiene con respecto a los derechos humanos (incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El Comité se reúne en privado, en persona, dos veces al año y por tele-conferencia una vez al mes.

Se mantuvieron informadas a las provincias a lo largo del proceso mediante el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo y las preocupaciones de las provincias se presentaron a través del Comité. La inclusión de los mecanismos nacionales de prevención fue motivo de preocupación, así como las modificaciones legislativas en el ámbito provincial que serían necesarias para darle al Subcomité el acceso contemplado por el Protocolo.

La frecuencia de las visitas afectará los costos del mecanismo nacional de prevención, particularmente en un país tan geográficamente disperso como Canadá. Parece que la división de costos de implementación del Protocolo, entre los gobiernos federal y provincial, será un tema de discusión central.

Las provincias tendrían que evaluar si los mecanismos de visita existentes satisfacen los requerimientos de independencia del Protocolo. Dichos mecanismos ya realizan visitas en respuesta a quejas presentadas, pero generalmente no realizan visitas preventivas. La coordinación será un tema clave. Sin embargo, dichos temas aún no se han discutido en detalle en Comité, por lo que Canadá aún no decide colectivamente si firmará o ratificará el Protocolo.

Procesos de cooperación *ad hoc*: Suiza

En otros casos, se crearon procesos específicos de consulta e implementación del Protocolo. En Suiza, por ejemplo, se estableció un Grupo de Trabajo Inter-departamental federal, encabezado por el Departamento de Justicia Federal, para estudiar como instrumentar el mecanismo nacional de prevención requerido por el Protocolo. Un representante de los veintiséis cantones (los gobiernos regionales suizos) fue parte de este proceso, y dicho representante consultó periódicamente con las autoridades de los cantones. A lo largo del proceso también se consultó formalmente a las organizaciones no gubernamentales.

Casi la totalidad de los veintiséis gobiernos cantonales estuvieron de acuerdo, en todo momento, en que Suiza debería ratificar el Protocolo. Al inicio de la consulta, todos los cantones excepto tres prefirieron una sola entidad federal y no una multiplicidad de autoridades cantonales para conformar el mecanismo nacional de prevención. Pero, enfrentados con la perspectiva de tener que financiar ellos mismos los mecanismos cantonales, finalmente los tres cantones decidieron reconocer que sería preferible la jurisdicción federal. En Suiza teóricamente es posible para un cantón obstaculizar un

³⁹ Véase Koren Bell, "From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties", (2002) 5 Yale H.R. & Dev. L.J. 255.

acuerdo como este, en caso que se requiera legislación en el ámbito cantonal para instrumentar el tratado.

En este caso, sin embargo, el gobierno federal creyó que tenía suficiente competencia legislativa para promulgar un mecanismo de prevención federal: si bien el “ejercicio” de la legislación civil y criminal es prerrogativa del cantón, el gobierno federal tomó la posición que el mecanismo nacional de prevención no interferiría directamente con el “ejercicio” de la legislación criminal, sino simplemente observaría y haría recomendaciones. La responsabilidad para hacer efectivos los tratados recae sobre el gobierno federal, de acuerdo con el poder constitucional que recibe para abordar asuntos que implican relaciones exteriores⁴⁰ y el marco de la legislación pública internacional. Asimismo, el gobierno federal es competente para “el monitoreo” de la implementación interna o ejecución de tratados. Además, la Constitución Suiza específicamente requiere que los cantones respeten la legislación federal, lo cual incluye la legislación internacional.⁴¹

El Grupo de trabajo suizo ha considerado tres opciones:

- (a) cada cantón contaría con su propio mecanismo de prevención, por lo que habría 26 órganos distintos para Suiza;
- (b) llegar a nuevos “acuerdos” (tratados entre cantones) otorgando expresamente jurisdicción al gobierno federal para establecer mecanismos unificados;
- (c) crear un sólo organismo federal en el marco de la autoridad federal existente.

La opción (c) fue la que finalmente se favoreció con base en los siguientes factores:

- apoyo cantonal,
- eficiencia,
- reducción de costos,
- estándares / legislación uniformes, y
- rapidez en los procedimientos encaminados a la ratificación.

El mecanismo nacional de prevención en Suiza – nacional y unificado – quedará instalado mediante un estatuto federal. Algunos artículos del Protocolo son suficientemente precisos para que su aplicación sea directa (por ejemplo, derecho al acceso e independencia) pero otros podrían no serlo; por ello se decidió que todos los elementos que constituyen el Protocolo deberán repetirse o ampliarse en la legislación nacional. La legislación adoptará una definición amplia de lugares de privación de la libertad, como lo ordena el Protocolo, incluidas cárceles, estaciones de policía, centros de detención solicitantes de asilo, establecimientos psiquiátricos y casas para las personas adultas mayores. El mecanismo nacional de prevención tendrá derecho a realizar visitas sorpresa, en la medida que el gobierno suizo tomó esto como un requisito implícito en el concepto de “libre acceso” que se menciona en el Protocolo.

El gobierno federal nombrará los miembros del mecanismo nacional, considerando las recomendaciones del Departamento de Justicia y el Departamento de Relaciones Exteriores. El gobierno federal preferiría que los cantones aportaran una parte de los costos del mecanismo nacional, sobre la base de que los cantones se beneficiarían del “control de calidad” del mismo y que tendrían que establecer sus propios mecanismos de inspección en

⁴⁰ Artículo 54 de la Constitución Suiza.

⁴¹ Artículo 49(2).

caso de que el gobierno federal no lo haga. Si los cantones deciden aportar al financiamiento del mecanismo nacional de prevención, también podrían participar en la selección de sus miembros (proporcionando una lista con por lo menos la mitad de miembros). Sin embargo, si los cantones no participan financieramente, tampoco serán parte del proceso de selección que quedará limitado al gobierno federal. Las ONG podrán proponer candidatos a través del Departamento de Justicia o Cantones.

El modelo suizo, entonces, representa un ejemplo donde se logró un acuerdo entre todos los gobiernos de la estructura federal para establecer un solo mecanismo de prevención unificado. Esto se alcanzó gracias a una serie de factores: las competencias constitucionalmente reconocidas; el apoyo financiero; un compromiso firme con el tema; y un proceso de consulta encabezado por el gobierno federal.

Múltiples mecanismos en un sólo Estado: El Reino Unido

El Reino Unido no es un Estado federal, pero tiene una estructura descentralizada respecto de Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Si bien no hubo cuestionamiento en cuanto a que el gobierno nacional tuviera suficiente autoridad constitucional para ratificar e instrumentar unilateralmente el Protocolo en la práctica se realizó un proceso de consulta con el fin de asegurar el apoyo efectivo para la implementación del Protocolo en todo el Reino Unido. Antes de firmar el Protocolo, el departamento de derechos humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido consultó con todos los departamentos del gobierno nacional que se podrían ver afectados, asimismo lo hizo con autoridades legales y con las autoridades regionales de Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Todas las entidades involucradas confirmaron al gobierno nacional que ya había un organismo existente de visitas a lugares de detención que satisfacía los requerimientos del Protocolo. Así, el gobierno nacional concluyó que el mecanismo nacional de prevención requerido por el Protocolo ya existía en la práctica y que por lo tanto no se requería la creación de un nuevo mecanismo. Todos los departamentos dieron su consentimiento para ratificar y designar un mecanismo nacional de prevención en el marco del Protocolo.

En consecuencia, no hubo una propuesta para crear un nuevo mecanismo de visita en el Reino Unido. El artículo 3 del Protocolo reconoce explícitamente que los mecanismos nacionales de prevención pueden ser constituidos por un órgano único o por varios. Antes de la ratificación, el Reino Unido creó una lista de 20 organismos independientes eventualmente pertinentes para adecuarse al Protocolo. Algunos son regionales: en Inglaterra y Gales, por ejemplo, la lista de mecanismos incluyen varios inspectores de cárceles y centros juveniles de detención, visitas de civiles a las instalaciones de custodia policial, visitas a los separos de los tribunales y hospitales psiquiátricos. En todo el Reino Unido hay centros de detención para inmigrantes y solicitantes de asilo, así como centros de traslado.

Mantener relaciones entre el Subcomité Internacional del Protocolo y la multiplicidad de mecanismo nacionales de prevención británicos será un reto administrativo. Originalmente la idea fue que el Subcomité trabajaría directamente con todos los mecanismos nacionales. A la fecha en el Reino Unido se considera la posibilidad de designar a alguno de los organismos para encargarse del papel de coordinación.

Cooperación regional y autoridad legislativa conjunta: Alemania

En Alemania, el gobierno federal está muy comprometido con la ratificación del Protocolo, y dicha determinación incluye a todos los ministerios de gobierno. No obstante, los gobiernos regionales (“Länder”) tienen áreas de jurisdicción exclusiva, lo mismo que el gobierno federal, mientras que en otras áreas hay traslape de “competencias” jurisdiccionales. En áreas como salud mental y policía, los Länder tienen jurisdicción exclusiva. Entonces, para aquellas instalaciones, los Länder tendrían que ceder su mandato para poder implementar el Protocolo.

Las autoridades Federal y Länder se han reunido para evaluar la situación para la instrumentación del Protocolo. Concluyeron que Alemania no cuenta con organizaciones de visitas a lugares de detención que satisfagan los requisitos del instrumento. En consecuencia, la pregunta es si se establece una sola institución federal, dieciséis instituciones por Länder o una combinación de ambas. Los Länder no quieren renunciar a favor del gobierno federal sus competencias exclusivas en esta área, pero tampoco quieren dieciséis instituciones separadas. En consecuencia, el modelo que a la fecha cuenta con mayor consenso es establecer una Comisión que represente a los dieciséis Länder. Para poner en marcha dicha comisión, en primer lugar tendría que haber un acuerdo entre los Länder y, posteriormente, cada uno de ellos tendría que legislar para que la comisión pueda operar. En consecuencia habría dos instituciones alemanas, la Comisión de Länder para todas las instituciones regionales y un *Ombudsman* para todas las instituciones federales. Si hubiese una disputa entre un Länder y la Comisión, los dieciséis Ministerios de Justicia de los Länder se reunirían para discutir y resolver el conflicto. Sin embargo, en última instancia no hay manera legal de forzar a un Länder para que cumpla con las recomendaciones de la Comisión

Primer Estado Parte federal que ratifica el Protocolo: Argentina

Argentina ratificó el Protocolo el 15 de noviembre de 2004, convirtiéndose en el primer Estado federal en hacerlo.⁴² Al siguiente día en Ginebra, Argentina formalmente informó al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas de su ratificación durante el examen del cuarto informe periódico de Argentina. En sus observaciones al final de la sesión, el Comité contra la Tortura específicamente declaró que daba una “calurosa bienvenida” a la ratificación y lo consideraba un avance positivo en los esfuerzos argentinos para combatir la tortura.⁴³ La ratificación se consiguió después de varias actividades de promoción de visitas a lugares de detención, organizadas por diversos actores nacionales, tanto gubernamentales como no-gubernamentales.

En el sistema federal argentino, la división constitucional de poderes presenta desafíos con respecto a la instrumentación de obligaciones internacionales en las provincias. El gobierno federal tiene claramente autoridad constitucional para ratificar tratados, que posteriormente

⁴² El Reino Unido había ratificado antes (el 10 de diciembre de 2003) pero, aunque tiene cierto grado de descentralización en su administración, no es un Estado “federal” *per se*.

⁴³ Committee against Torture, *Conclusions and recommendations: Argentina*, 10 de diciembre de 2004, UN Doc. CAT/C/CR/33/1, parágrafo 4(a).

puede incorporar a la Constitución nacional y es responsable internacionalmente por su implementación. Legalmente, se espera que las provincias apliquen los requerimientos de la Constitución, sin embargo, en la práctica, su aplicación efectiva depende también de la voluntad política de las provincias. En el marco de la legislación existente, por ejemplo, los gobiernos provinciales tienen la responsabilidad de aplicar el código criminal federal. El gobierno federal sólo puede enviar sus recomendaciones; depende de las provincias poner en práctica dichas recomendaciones.

En el caso del Protocolo, el gobierno federal decidió actuar conforme a su autoridad para ratificar rápidamente y, sólo posteriormente inició una discusión más amplia con los gobiernos provinciales en relación con su implementación. En opinión del gobierno federal, el hecho de que las obligaciones internacionales ya se hayan establecido da un incentivo para que los gobiernos provinciales avancen hacia su cumplimiento. Es decir, en el caso del Protocolo, hacia el establecimiento del mecanismo nacional de prevención requeridos por el instrumento, en cooperación con el gobierno federal.

La participación de la sociedad civil en el mecanismo nacional ha sido ampliamente reconocida, incluso por el gobierno federal. Varias partes interesadas han avanzado distintas opciones de esquemas de mecanismo nacional de prevención. La Secretaria de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, que lidera el proceso, ha avanzado como un proyecto piloto en la Provincia de Río Negro. Se trata de un “observatorio” inter-institucional para vigilar las instalaciones de detención que se podría replicar eventualmente en otras provincias. Otro esquema propuesto contempla una red de organizaciones de la sociedad civil con reconocimiento oficial que funcione paralelamente al sistema gubernamental. También se estudia el papel que desempeñaría el poder judicial. El Centro de Estudios para la Defensa Pública (CEDEP), en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, ya desarrolla un proyecto de capacitación para monitoreo de las detenciones, esto en vistas a implementar el Protocolo.

La existencia de varios organismos con mandato para visitar lugares de detención en los ámbitos federal y provincial, y las dificultades financiera de Argentina, hace innecesario en opinión de algunos actores anticipar la creación de nuevos organismos. Por ejemplo, Argentina es el único país en América Latina con una Procuraduría Penitenciaria con amplia experiencia, cuyo poder se ha ampliado recientemente para que visite además de cárceles federales, todos los lugares de detención bajo jurisdicción federal. Asimismo, cuenta con un Defensor del Pueblo (*Ombudsman*) que abarca el ámbito federal, un organismo que también existe en algunas provincias. La implementación del Protocolo también podría llevarse a cabo por medio de los organismos existentes, con mandatos y poderes agregados. En este escenario, se requerirá de un esquema de coordinación nacional.

Aún así, otros promueven la creación de un organismo completamente nuevo, como un comité de expertos distinguidos. A través de la reputación y reconocimiento de sus miembros inicialmente, y posteriormente mediante la profesionalización de su trabajo de prevención, tal organismo puede establecer por sí mismo la legitimidad necesaria para confrontar efectivamente los graves problemas de derechos humanos en las instalaciones de detención, en cooperación con los organismos existentes.

Las propuestas de mecanismo nacional de prevención mencionadas no son exhaustivas, son sólo un indicador de la diversidad de posibilidades que avanzan en la discusión en Argentina.

La decisión final para la designación la tendrá que tomar el gobierno federal, presumiblemente con el consentimiento de las provincias.

Un proceso de consulta amplia: México

En México, inicialmente se realizaron consultas sobre las implicaciones de la ratificación del Protocolo, esto en el marco de la Comisión de Políticas Públicas de Derechos Humanos, organismo gubernamental establecido en el mes de marzo de 2003. La Comisión es el mecanismo central a través del cual se han realizado las consultas más importantes sobre el tema de los derechos humanos, esto durante la presente administración. La Comisión invitó a la sociedad civil para que participara en las sesiones. Un subcomité de agencias federales gubernamentales y la sociedad civil discutieron la ratificación del Protocolo Facultativo, culminando en que la ratificación de dicho documento es un objetivo del Programa Nacional de Derechos Humanos. El 9 de diciembre de 2004, el Senado dio su consentimiento para que el Ejecutivo ratificara el Protocolo Facultativo y, finalmente, fue ratificado el 11 de abril de 2005.

Se ha identificado una diversidad de legislación existente que tendría que ser modificada con el fin de instrumentar el Protocolo, en los ámbitos federal y regional, especialmente si se crea un nuevo organismo que cumpla los requerimientos del mecanismo nacional de prevención:

- Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados;
- Ley de Prevención y Readaptación Social;
- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores;
- Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social;
- Ley General que establece las bases de coordinación del sistema de seguridad pública;
- Reglamento Interior del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública;
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Reglamento Interior de la Procuraduría General de la República;
- Otras leyes de la misma naturaleza en el ámbito local.

La Secretaría de Relaciones Exteriores y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos en México, con la asesoría y auspicio de la APT, colaboran en un proyecto enfocado en la implementación del Protocolo en México. La iniciativa consiste de una serie de seminarios dirigidos a funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil que se desarrollarán entre 2005 y 2006 en distintas regiones del país, en dichos seminarios también participan los gobiernos regionales. El objetivo de estos seminarios es diseminar ampliamente el contenido del Protocolo entre todos aquellos que podrían desempeñar algún papel en su instrumentación en todo el país y discutir con dichos actores las implicaciones de varios modelos de mecanismo nacional de prevención.

Durante la celebración del primer seminario, celebrado en la Ciudad de México el 13 y 14 de julio de 2005, se concluyó que el mecanismo nacional de prevención tendría que ser una instancia "mixta". Es decir, tendría que aprovecharse la infraestructura, mandato y experiencia existente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de las comisiones de

derechos humanos en los estados y contar con participación activa y directa de la sociedad civil.

5. Conclusión

Este trabajo exploró, de manera preliminar, algunas de las temáticas que surgieron con respecto a la instrumentación del Protocolo Facultativo en Estados Federales y otros Estados descentralizados. Como se mencionó con anterioridad, en la mayor parte de las situaciones la cooperación entre distintos niveles de gobierno es políticamente viable y puede permitir una instrumentación efectivamente nacional del Protocolo, incluso donde las autoridades de los gobiernos federal y regionales estén comprometidas. Varias estrategias y procesos podrían ser apropiados para cada Estado; entre los cuales podríamos mencionar las negociaciones políticas, las negociaciones sobre planificación estratégica y la planificación estratégica de los recursos humanos y financieros, la persuasión con argumentos legales y morales.

En todos los casos hay que recordar que el Protocolo Facultativo está diseñado para ayudar a que los Estados cumplan las obligaciones que ya recaen sobre ellos relativas a la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* y al derecho internacional. Con ello en mente, y contando con un diálogo e intercambio de información regular entre los diferentes Estados Federales y descentralizados, la rápida ratificación y efectiva implementación del Protocolo en estos Estados no debería verse como un obstáculo *posible de superar*, sino como un logro *positivo y deseable* para el Estado, incluyendo todos sus componentes, a nivel del gobierno y de sus comunidades locales, que aportará beneficios en el plano nacional e internacional.

Recursos adicionales:

D. Long y N. Boeglin Naumovic, *Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: A Manual for Prevention* (San José y Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2004).

Walter Suntinger, "National Visiting Mechanisms: Categories and Assessment" (26 de junio de 2003), en Association for the Prevention of Torture, *Visiting Places of Detention: Lessons Learned and Practices of Selected Domestic Institutions, Report on an expert seminar*, Ginebra, julio de 2003.

Parliament of Australia, Senate, *Trick or Treaty? Commonwealth Power to Make and Implement Treaties* (1995), Chapter 10 "Practices in other Federations", http://www.apf.gov.au/Senate/committee/legcon_ctte/completed_inquiries/pre1996/treaty/report/c10.htm.

Parliament of Canada, Senate, *Promises to Keep: Implementing Canada's Human Rights Obligations*, Report of the Standing Senate Committee on Human Rights (diciembre de 2001), <http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/rep-e/rep02dec01-e.htm>.

"Informe de La Relatoría de la Reunión de Expertos Sobre El Tema 'Apoyo a Los Instrumentos Interamericanos de derechos humanos'" (6 de mayo de 2002), OEA/Ser.K/XVI, REIIDH/doc.18/02 rev.1.

José Ma. Serna de la Garza, "Constitutional Federalism in Latin America", 2000, 30 Cal. W. Int'l L.J. 277.

Koren Bell, "From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties", 2002, 5 Yale H.R. & Dev. L.J. 255.

Stefan Oeter, "Symposium: International Human Rights and National Sovereignty in Federal Systems: The German Experience", 2001, 47 Wayne L. Rev 871.

Ariel E. Dulitzky, "Implementación del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Los Sistemas Federales: El Caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina" (de próxima aparición, El Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina).