

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL  
PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA  
LA TORTURA, OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O  
DEGRADANTES**

**HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2009**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL  
PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA  
LA TORTURA, OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES**



Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, septiembre de 2009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**RAZÓN:** Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

OFICINA PROFESIONAL

Licenciado Marco Leopoldo Zeissig Ramírez

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 09 de Septiembre de 2008.

Señor Jefe:  
Unidad de Asesoría de Tesis  
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.



Distinguido Licenciado:

En atención a providencia de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha 29 de agosto del año dos mil ocho, en la que se me nombra Asesor de Tesis del Bachiller, **HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA**, y que oportunamente proceda a emitir Dictamen correspondiente.

Atentamente le informo que **ASESORÉ** la tesis del Bachiller, **HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA**, la cual se intitula "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE TORTURA DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES**". Es de indicar que el contenido científico del trabajo es de carácter jurídico y social dentro del ámbito de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual se desarrollan todos los elementos relacionados a la conformación del Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura, Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes como obligación derivada de la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas por parte del Estado de Guatemala.

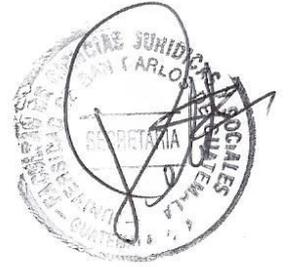
El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud, de acuerdo con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se hizo uso de los métodos inductivo y deductivo, la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo; las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lo relativo a la prevención de un delito de lesa humanidad es de suma importancia.

Asimismo se procedió a hacerle algunas correcciones para el mejor desarrollo de la tesis, en especial sobre el título de la investigación, el cual se denominará "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES**", con el único objeto de tener una mejor visión sobre el contenido de la misma; por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos que exige el reglamento para el examen técnico profesional y público de tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE** y que es procedente ordenar se nombre el revisor respectivo y oportunamente su impresión y el Examen Público de Tesis.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Lic. **MARCO LEOPOLDO ZEISSIG RAMÍREZ**

**ABOGADO Y NOTARIO**  
Colegiado No. 5,159



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, once de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HECTOR RENÉ GRANADOS FIGUEROA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ragm



Guatemala, 6 de Noviembre de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la resolución emanada de dicha Unidad Académica, en la cual se me faculta para proceder a revisar el trabajo de tesis del estudiante **HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA**, intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANAS O DEGRADANTES”**

Me permito informarle que después de revisar el trabajo citado y de hacer las observaciones y sugerencias de fondo y forma, considero que éste cumple con los requisitos establecidos en el reglamento, especialmente los estipulados en el artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Puesto que la metodología utilizada es adecuada y el estudiante SAMAYOA SOSA, desarrolla la doctrina moderna que aborda el tema de la tortura, otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

Además, dentro del presente trabajo, se aplican métodos de investigación para arribar a conclusiones concretas para el objeto que persigue el trabajo; el cual, por ser una obligación del Estado, puede contribuir a que se haga un enfoque más profundo sobre el mismo.

Acordamos con el estudiante, modificar el título de la tesis, considerando que es más adecuado el siguiente: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA, OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES”**.

Por lo anterior, considero oportuno emitir el presente DICTAMEN FAVORABLE para los efectos del trámite posterior de la Tesis del estudiante SAMAYOA SOSA.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Héctor René Granados Figueroa  
Colegiado No. 5824

*Héctor René Granados Figueroa*  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, dos de junio del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA. Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA, OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



## DEDICATORIA

A DIOS:	Por su amor eterno.
A MI MAMÁ:	Forjadora de mis sueños con amor infinito.
A MI PAPÁ:	Por tu esfuerzo, apoyo y amor.
A MIS HERMANAS Y CUÑADOS:	Por su cariño y apoyo.
A MIS SOBRINOS Y SOBRINAS:	Los quiero.
A VALESKA:	Con amor, cariño y respeto.
A MIS AMIGOS:	Amistades sinceras.
A:	La Universidad de San Carlos de Guatemala.
A:	La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i.
-------------------	------------

### CAPÍTULO I

1. La tortura.....	1
1.1. Definición de tortura en el contexto internacional de los derechos humanos.....	1
1.1.1. Tortura en los convenios internacionales.....	1
1.1.1.1. Elementos diferenciadores entre ambas definiciones.....	5
1.1.2. Desarrollo jurisprudencial de tortura por parte de los órganos internacionales de derechos humanos.....	8
1.2 La tortura en el entendido de la dignidad humana.....	15

### CAPÍTULO II

2. Marco legal internacional y nacional de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.....	17
2.1 El derecho de la tortura.....	17
2.2 La abolición de la tortura.....	20
2.2.1 La abolición de la tortura en los siglos VXIII y XIX.....	21
2.2.2 La internalización de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos.....	22
2.2.2.1 Las normas ius cogens.....	24
2.2.2.2 La prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los conflictos armados.....	25

	<b>Pág.</b>
2.2.2.3 La prohibición de la tortura en las convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos.....	27
2.2.2.3.1 Sistema universal de protección de derechos humanos.....	27
2.2.2.3.2 Sistema interamericano de protección de derechos humanos.....	31
2.3 La tortura en el Código Penal guatemalteco.....	31
2.3.1 Análisis del tipo penal.....	32

### **CAPÍTULO III**

3. Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.....	35
3.1 Protocolo facultativo.....	35
3.1.1 Procedimiento de aprobación y ratificación de un instrumento normativo internacional en el Estado de Guatemala.....	36
3.2 Privación de libertad.....	38
3.2.1 La pena de privación de libertad.....	38
3.2.1.1 Clases de penas privativas de libertad.....	39
3.2.2 Privación de libertad y el OPCAT.....	40
3.3 Historia del OPCAT.....	42
3.3.1 Proyecto Gautier.....	42
3.3.2 Definición del texto del OPCAT.....	43
3.4 Objetivos del OPCAT.....	45
3.5 Órganos de prevención de tortura de acuerdo al OPCAT.....	46

	<b>Pág.</b>
3.5.1 Órgano internacional de prevención.....	47
3.5.1.1 Establecimiento y conformación del subcomité.....	48
3.5.1.2 Mandato del subcomité para la prevención.....	50
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Mecanismo nacional de prevención de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del OPCAT.....	53
4.1 Mecanismo nacional de prevención de tortura.....	53
4.2 Garantías en la constitución y funcionamiento de un mecanismo nacional de prevención.....	55
4.3 Mandato del mecanismo nacional de prevención.....	61
4.4 Obligaciones del Estado derivadas de la ratificación del OPCAT.....	62
4.5 Mecanismos de creación o designación del mecanismo nacional de prevención.....	64
4.5.1 Mecanismo nacional de prevención y sociedad civil.....	69
4.5.2 Mecanismo nacional de prevención y Procurador de los derechos humanos.....	71
4.6 Modelo de mecanismo nacional de prevención para Guatemala.....	72
4.6.1 Consideraciones previas.....	72
4.6.2 Propuestas de órganos del mecanismo nacional de prevención.....	73
4.6.2.1 Comisión Nacional para la prevención de la Tortura.....	73
4.6.2.1.1 Estructura orgánica mínima.....	76
4.6.2.2 Consejo Consultivo.....	78
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

## INTRODUCCIÓN

La conflictividad social y política de Guatemala, reflejó el uso de la práctica de tortura durante el conflicto armado interno; ahora, luego de la firma de los acuerdos de paz, el Estado se encuentra ante el reto de realizar reformas políticas y judiciales, situación que hace indispensable la discusión entre garantías y efectividad de las instituciones del Estado. En tal sentido, esta tesis se motivó en el análisis de un mecanismo interno de prevención, que a la postre, ayude al Estado a mejorar sus autocontroles en el ejercicio cotidiano de su poder frente al ciudadano.

Así, es menester hacer referencia de que Guatemala, ha contraído diversas obligaciones internacionales para prevenir estas prácticas lesivas a la humanidad y, por lo tanto, al ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, se ha comprometido a crear un mecanismo nacional, independiente y profesional que pueda, mediante visitas periódicas a centros de privación de libertad, evitar y erradicar la existencia de estas prácticas.

Es así que el capítulo I establece un análisis de las definiciones de tortura dadas por los convenios internacionales universales y regionales, enunciando las distintas interpretaciones que le dan los órganos internacionales y las formas como se ha tratado de diferenciar de los tratos o penas crueles inhumanas o degradantes; el capítulo II, desarrolla aspectos de cómo la tortura se concibió como un método de semi/prueba en los procesos legales medievales y que, en la evolución del derecho, se derogó como tal, se internalizó en el derecho internacional y se generó un movimiento filosófico y jurídico que llevó a la prohibición de estas prácticas y considerarlas de ius cogens; en el capítulo III, se explica el Protocolo Facultativo desde un punto de vista jurídico por su contenido, desarrollando el mecanismo internacional que crea para la prevención; y el capítulo IV,

(ii)

entonces, explica todo lo relativo a los mecanismos nacionales de prevención, finalizando con una propuesta de mecanismo condicionada para Guatemala.

En consecuencia, esta tesis, mediante el método de análisis doctrinario, jurisprudencial, histórico y jurídico al protocolo facultativo, específicamente al mecanismo nacional que de éste se deriva como instrumento de prevención de tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y el uso de técnicas de entrevista a profesionales expertos del tema, plantea la importancia de la creación de dicho mecanismo. La teoría utilizada para abordar el tema, fue la teoría de los derechos humanos, una teoría latinoamericana, distinta a la teoría europea, diferenciada únicamente en este documento por derechos fundamentales.

## CAPÍTULO I

### 1. La tortura

Para poder ahondar en el conocimiento del término **tortura** y, esencialmente, para poder diferenciarlo de los conceptos de tratos crueles, inhumanos y degradantes; considero importante desarrollar dos etapas: la primera de ellas respecto a la definición del término tortura en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos; y la segunda, respecto a la dignidad humana.

#### 1.1. Definición de tortura en el contexto internacional de los derechos humanos

Es importante sustraerme a dos situaciones esenciales para poder definir la tortura en el contexto internacional de los derechos humanos: una de ellas dirigida a que la definición de tortura en los convenios internacionales no presenta una caracterización de lo significa y su diferenciación frente a los tratos crueles, inhumanos o degradantes. La segunda situación enfocada al desarrollo de los conceptos enunciados por parte de los órganos del sistema de protección de derechos humanos.

##### 1.1.1. Tortura en los convenios internacionales

Abordaré la primera de las situaciones señaladas, destacando que el primer instrumento internacional en incorporar una definición específica sobre el concepto de tortura es la Convención de Naciones Unidas, la cual en su Artículo 1 afirma que: “a los

efectos de la presente convención, 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 inflingidos 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”.

La definición de la Convención de Naciones Unidas, permite tener en consideración tres elementos fundamentales, para que un acto sea considerado tortura:

- a. Debe tratarse de dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o psicológicos.
- b. Debe infligirse con intención deliberada.
- c. Deben ser infligidos por funcionarios públicos o por una persona en ejercicio de sus funciones públicas, a instigación de éstos o con su consentimiento o aquiescencia.

Al observar los elementos señalados, la definición de tortura, entonces, debe construirse desde un método analítico, de tal suerte que debo identificar el contenido del acto de tortura, sus fines y su sujeto:

- a) Respecto del contenido del acto haré referencia a que debe tratarse de dolores

o sufrimientos físicos o psicológicos, en consecuencia se resalta el dolor causado. Es importante señalar que el análisis parte de la definición de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

- b) Respecto de la finalidad del acto, puedo referir que los actos de tortura deben infligirse con intención deliberada. Y acá, como lo indica el Dr. Xavier Exteberria, pueden identificarse tres tipos de tortura:
  - i. “La tortura represiva: que será aquella que se practica para imponer un castigo a una persona por un acto cometido.
  - ii. La tortura indagatoria: que se practica al perseguir la **verdad** sobre algo.
  - iii. La tortura intimidatoria: que se hace pública o socialmente conocida, buscando inhibir en los ciudadanos determinado comportamiento que se considera socialmente inaceptado”.<sup>1</sup>
- c) Respecto del sujeto activo, se trata de funcionarios públicos o por una persona en ejercicio de sus funciones públicas, a instigación de estos o con su consentimiento o aquiescencia.

Es importante, al respecto del sujeto activo, hacer la siguiente consideración: y es que el sujeto pasivo viene a estar determinado por un campo de acción reducido, entendiéndose que el mismo tendrá que estar bajo la guarda y custodia de agentes

---

<sup>1</sup> Exteberria, Xavier. **Reflexiones sobre tortura**. Pág. 25.

estatales o bien que actúen con el beneplácito de éstos. Así, el sujeto pasivo es toda persona que se encuentre detenida o bien en privación de libertad. Con esto, señala también el Dr. Exteberria: “no se pretende olvidar la tortura ejercida como parte de la violencia socialmente estructurada, lo único es que no se trata de cualquier tipo de tortura sino de aquella ejercida por funcionarios estatales”.<sup>2</sup>

A diferencia de la tortura como tal, 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, ya que 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 o al momento en que se está en presencia de actos de tortura. Por esta razón por la cual los actos distintivos de la tortura han sido ampliamente definidos por la jurisprudencia de órganos universales y regionales de derechos humanos y por expertos en derechos humanos. Las interpretaciones jurisprudenciales consideran que estos actos pueden ser distinguidos de la tortura como tal, cuando han sido infligidos sin ninguna finalidad específica. Sin embargo, “para que un acto sea considerado como un trato o una pena cruel, inhumana o degradante, tiene que haber sido infligido por funcionarios públicos o por una persona en el ejercicio de funciones públicas o con consentimiento o aquiescencia del Estado”.<sup>3</sup> Dicha situación la profundizaremos más adelante.

En tal sentido, el Artículo 1 sirve para definir los elementos de tortura con el propósito de procesar a los responsables conforme a las disposiciones de la Convención. Resultando importante, dicha definición, puesto que el Código Penal guatemalteco la recoge en la tipificación del delito de tortura. Por otra parte, “esta definición de tortura ha sido utilizada por los tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia al recurrir a ella y tomar sus decisiones con respecto al delito de tortura”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> **Ibid.** Pág. 26

<sup>3</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación Para la Prevención de la Tortura. **Un manual para la prevención.** Pág. 23

<sup>4</sup> Rodríguez Barillas, Alejandro. **Manual para la lucha contra la tortura.** Pág. 60.

El segundo instrumento internacional en materia de Tortura, que considero importante analizar es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pues ésta se presenta como el instrumento internacional regional, además de definir en su Artículo 2 lo que se entenderá por tortura, que es lo siguiente:

“Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no cause dolor físico o angustia psíquica”.

Como se observa la Convención Interamericana presenta una definición más técnica y amplia del concepto de tortura, que mejora la protección del derecho a la integridad personal, y que toma en consideración elementos diferenciadores entre las definiciones dadas:

#### **1.1.1.1. Elementos diferenciadores entre ambas definiciones**

En su momento la definición de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura fue criticada, puesto que resultaba demasiado ambigua la exigencia de sufrimientos muy graves y la imposibilidad de encuadrar como actos de tortura, métodos que no conllevan sufrimientos físicos o mentales. Así, el Dr. Alejandro Rodríguez señala que: “cuando pudieran existir elementos comunes, la Convención Interamericana exhibe tres diferencias básicas con respecto a la Convención de Naciones Unidas:

- a) En cuanto a los elementos objetivos.

- b) En cuanto a las finalidades.
  
- c) En cuanto al elemento personal".<sup>5</sup>

Es importante hacer el examen de la definición interamericana tomando en consideración los elementos empleados en el análisis que realizaba de la definición de la Convención de Naciones Unidas:

- **Elemento objetivo:** En este elemento la definición proveída por la Convención Interamericana es más amplia que la contenida en los textos del sistema universal. Además del elemento objetivo de la tortura –cualquier acto causado intencionalmente que genere **penas o sufrimientos físicos o mentales** – la Convención Interamericana contiene otro tipo de actos que configuran la tortura, sin necesidad de que se provoque algún tipo de **penas o sufrimientos físicos o mentales**. Se trata de la aplicación de métodos, de cualquier índole, que anulen la personalidad de la víctima o disminuyan sus capacidades físicas o mentales.

- **En cuanto a la finalidad:** También con relación a los propósitos perseguidos, la Convención Interamericana amplía considerablemente el espectro conceptual de la tortura. En ese sentido, para los Estados que han ratificado la Convención Interamericana, los propósitos o motivos que califican la tortura de acuerdo al Artículo 2 son: “la persecución de fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin”. Este punto reviste una amplia importancia porque mientras el elemento teleológico en el ámbito del sistema universal era determinante, conjuntamente con el elemento objetivo –producción de penas, dolores o sufrimientos– para configurar una tortura y distinguirla

---

<sup>5</sup> Rodríguez Barillas. **Ob. Cit.** Pág. 84.

de las penas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el contexto del sistema interamericano, la referencia hacia **cualquier otro fin** hace que la alusión al elemento teleológico sea irrelevante, siendo únicamente necesario que se produzcan **penas, dolores o sufrimientos**. E incluso, “no es necesario que la tortura produzca dolor físico o angustia psíquica cuando se trate de métodos tendentes a la anulación de la personalidad o a la disminución de la capacidad física o mental de la víctima”.<sup>6</sup>

Así el experto Urquilla Bonilla refiere que el elemento subjetivo en la definición contenida en la Convención Interamericana, hace que la tortura pueda ser configurada por cualquier persona, lo cual ya no es un elemento distintivo respecto de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; lo mismo sucede con el elemento objetivo, habida cuenta de la referencia a **cualquier otro fin**, con lo que la distinción, por la razón de los fines, entre las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no puede focalizarse por ese rubro. Por exclusión va quedando el elemento objetivo, y es la estructura misma de dicho elemento la que da las bases para estimar que la distinción entre unas y otras pasa necesariamente por la consideración de la gravedad de los sufrimientos, penas o dolores. Es así como se puede explicar, precisamente, un caso particular de tortura sin dolor físico ni angustia psíquica, como vía de excepción, lo que pone de manifiesto que el grado con el que tal dolor o sufrimiento se inflija es, por regla general, un buen elemento de distinción, sin perjuicio que, en todos los sistemas analizados, los actos para poder ser calificados de tortura deben ser intencionales; es decir, deliberadamente causados, no meros accidentes, lo cual es otro elemento diferenciador frente a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

#### **- Elemento personal o subjetivo:**

**Activo:** Hay un cambio importante, pues el sujeto activo ya no se encuentra confinado al escenario de las funciones públicas. “En el ámbito del sistema universal el sujeto

---

<sup>6</sup> Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Casos de Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes: fondo y reparaciones**. Pág. 19.

activo podía ser cualquier persona, actuando por instigación, consentimiento o aquiescencia de un funcionario público, mientras que en el contexto del sistema interamericano tal requisito no es exigido para configurar la noción de tortura; de esta manera, la configuración es más amplia e implica que la tortura por particulares es perfectamente posible”.<sup>7</sup> Lo anterior no quiere decir que en el sistema interamericano la **instigación, consentimiento o aquiescencia** carezcan de importancia. Por el contrario, estos elementos son centrales para que el acto pueda ser considerado como un acto atribuible al Estado, y por lo tanto, que se dispongan las medidas de protección internacional que ofrecen los órganos de protección de derechos humanos. La diferencia radica en que, para el caso de la Convención Interamericana, tales elementos no integran la definición de tortura, aunque son elementos imprescindibles para activar el mecanismo de protección internacional. Así la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado: “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.<sup>8</sup>

**Pasivo:** no se presentan cambios con la definición contenida en la Declaración ni en la Convención de Naciones Unidas.

### **1.1.2. Desarrollo jurisprudencial de tortura por parte de los órganos internacionales de derechos humanos**

Dentro de este desarrollo jurisprudencial, considero oportuno desarrollar con mayor énfasis el generado por los órganos interamericanos –Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos-. Sin embargo, es importante tener presente que la

---

<sup>7</sup> **Ibid.** Pág. 17.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso **Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Párrafo 172 Pág. 15; y Caso **Godínez Cruz vs. Honduras**. Párrafo 182. Pág. 12.

caracterización y diferencia de tortura frente a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la construye la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, en los casos de Grecia y en el caso del Reino Unido contra Irlanda del Norte.

En tal sentido, “hasta el año 1969 los conceptos de tortura, de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no habían sido objeto de distinción específica, entendiéndose todos como una misma categoría”.<sup>9</sup> Es entonces cuando la comisión europea conoció el primer asunto griego, en donde se utiliza el concepto de **umbral** de dolor físico y mental para definir y diferenciar las tres categorías. Frente a este concepto de **intensidad de dolor** como parámetro para calificar de tortura un acto determinado, se enfrentaban los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como formas inferiores de malos tratos que no alcanzaban la particularidad de tortura.

Al establecer, entonces, el concepto de umbral del dolor, la Comisión europea acude a las condiciones socialmente dadas en una sociedad, de tal suerte que se condiciona la apreciación de los malos tratos, al grado de dolor que sea socialmente tolerado. “El punto en el cual los prisioneros y el público pueden aceptar la violencia física sin considerarla cruel ni excesiva, varía entre las diferentes sociedades e incluso entre diferentes sectores de ella”.<sup>10</sup> En consecuencia, ciertas brutalidades, como golpes dados en la cabeza o cara del prisionero podrían ser considerados como normales, pues se consideraría que no alcanzan el mínimo de gravedad requerido por la Comisión europea.

El referido caso griego, asentó los criterios de la Comisión Europea; sin embargo es hasta con el caso Reino Unido contra Irlanda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos procedió a establecer los criterios jurisprudenciales sobre tortura y malos tratos. Es de importancia señalar que en este caso se sometió a consideración el uso

---

<sup>9</sup> Rodríguez Barillas. **Ob. Cit.** Pág. 55.

<sup>10</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos. **Twelve Year Book. Caso Griego.** Párrafo 180. Pág. 72

del método interrogatorio combinado y que fue conocido como las cinco técnicas, las cuales incluían: “mantener al detenido con una capucha negra; sometimiento a un ruido constante y monótono de un volumen que aísla de toda comunicación; privación de comida y agua, salvo una libra de pan y una pinta de agua en intervalos de seis horas; y obligar a permanecer de pie, viendo de frente a una pared con piernas extendidas, manos arriba y apoyadas sobre la pared”.<sup>11</sup>

El Tribunal Europeo, al tenor del caso señalado, define el trato inhumano como “aquél que produce agudas perturbaciones mentales durante el interrogatorio; el trato degradante como aquél que genera sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillar y envilecer, posiblemente quebrantar su resistencia física o mental. Y arriba a la conclusión que la tortura se distingue de los conceptos citados por la intensidad del sufrimiento inflingido, refiriendo que la tortura apareja un estigma especial, que puede producir una repulsa de la opinión pública hacia la política gubernamental, por lo que al hacer la valoración de un caso debe tenerse presente el efecto en la prensa y la posible antipatía que podrá hacer surgir en el público frente a un Estado calificado como torturador”.<sup>12</sup>

Resulta lamentable la sentencia del Tribunal Europeo, pues obviamente, el concepto de umbral del dolor aparece de nuevo, excluyendo las técnicas psicológicas de manipulación que nulifican la voluntad de una persona durante un interrogatorio; además de criticarse la valoración sociológica y utilizar un criterio de apreciación relativa de los casos de tortura. Es así como no puede abordarse la definición de la tortura desde el criterio emitido por el Tribunal Europeo y es de considerar que las categorías de tortura y malos tratos definidas a partir del umbral de dolor, no permiten materializar una tutela mucho más efectiva sobre los ciudadanos de un Estado.

A diferencia del sistema europeo, y como indicara al inicio de este apartado, debo señalar que el sistema interamericano ha avanzado de mejor forma frente al desarrollo del concepto tortura. En tal situación, la Corte Interamericana al conocer los primeros

---

<sup>11</sup> Rodríguez Barrillas. **Ob. Cit.** Pág. 57.

<sup>12</sup> **Ibíd.**

casos en los que se alegó violación al Artículo 5 de la Convención Americana no estableció por vía jurisprudencial lo que entendía por tortura, ni cuáles son sus elementos definitorios, ni cómo la distinguía de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. “No obstante que la Convención Interamericana ya se encontraba en vigencia, los casos que le fueron planteados por la Comisión Interamericana trataban de Estados que al momento no la habían ratificado”.<sup>13</sup>

Es así como la Corte Interamericana, se vio llamada a tratar casos de violaciones graves a la integridad procedentes de Honduras, Surinam, Perú, Venezuela, Colombia y Argentina. En el momento del conocimiento jurisdiccional de estos casos la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ya había entrado en vigencia, pero los hechos tratados en los mismos habían sucedido con anterioridad a tal vigencia o sucedieron cuando el Estado concernido aún no era parte de ella.

En 1997, con la emisión de la sentencia del caso Loayza Tamayo, por primera vez la Corte Interamericana establece criterios sobre las diferencias existentes entre la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. En dicha sentencia la Corte, alineada al esfuerzo ya descrito, indicó:

“La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”.<sup>14</sup>

De esta manera la jurisprudencia comienza por intentar establecer una diferencia entre tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, inspirándose en la

---

<sup>13</sup> Urquílla Bonilla. **Ob. Cit.** Pág. 23.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú.** Párrafo 57. Pág. 34.

experiencia europea. Sin embargo, más que intentar una definición de tortura, parece que la jurisprudencia se torna más ilustrativa sobre las distinciones entre **tratos inhumanos** y **tratos degradantes**, sin que finalmente logre utilizar un criterio cierto sobre los alcances de la tortura.

De la lectura de la sentencia no se desprende ninguna razón que permita entender porqué, no existiendo la invocación de la Convención Interamericana en la demanda de la Comisión, la Corte no lo hizo oficiosamente para establecer las violaciones que los hechos permitieran acreditar. Igualmente, no existen elementos en la sentencia que expliquen porqué no se utilizó la definición de tortura contenida en el Artículo 2 de la Convención Interamericana –vigente para Perú desde antes de sucedidos los hechos tratados en la demanda– como mecanismo de interpretación del Artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante los alcances del Artículo 29.b.

Otra jurisprudencia destacada por el hito contenido en ella, es la emitida en el caso Paniagua Morales y otros, donde por primera vez, y de manera expresa, la Comisión Interamericana invocó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Sería esperable que en tales circunstancias la noción de tortura hubiera sido clarificada en función de dicha Convención, no obstante la Corte Interamericana pasó por alto esta circunstancia. Aunque establece que respecto de ciertas víctimas hubo torturas, y respecto de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin definir los alcances de cada categoría, terminó estableciendo la violación *inter alia* de la Convención Interamericana respecto de todas las víctimas, sin distinción alguna, así:

“En el caso de las víctimas que fueron privadas del derecho a la vida [Ana Elizabeth Paniagua Morales, Julián Salomón Gómez Ayala, William Otilio González Rivera, Pablo Corado Barrientos y Manuel de Jesús González López], con la excepción del caso del señor Chinchilla, las autopsias revelaron fehacientemente la presencia de signos de

tortura (amarramientos, golpes...), la cual es imputable al Estado por la misma razón que le es imputable su muerte.... Debe señalarse además que para ocasionar la muerte se infligió a las víctimas heridas corto punzantes en el cuello y tórax que aumentaron su sufrimiento, hasta llegar en algunos casos al degollamiento y que este fue un patrón y común denominador en la mayoría de los homicidios que se relacionan con el presente caso.... Respecto de las otras víctimas que fueron puestas a disposición de las autoridades judiciales, la Corte constata que en el caso de los señores Vásquez y Angárita Ramírez, el médico forense encontró heridas, excoriaciones y contusiones que evidencian un trato cruel, inhumano o degradante mientras estuvieron detenidos. Respecto de las otras personas, señores Torres Gil, Montes Letona y Montenegro, la Corte estima que no hay prueba suficiente aun cuando algunos de ellos afirmaron haber sufrido esos tratos.... En consecuencia, la Corte declara que Guatemala violó el Artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana y las obligaciones dispuestas en los Artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de los señores Ana Elizabeth Paniagua Morales; Julián Salomón Gómez Ayala; William Otilio González Rivera; Pablo Corado Barrientos; Manuel de Jesús González López; Augusto Angárita Ramírez y Oscar Vásquez”.<sup>15</sup>

En consecuencia, siguiendo el criterio diferenciador, en el caso Loayza Tamayo, la Corte distingue que aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de perturbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El trato degradante, se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima.

De esta manera, la Corte Interamericana considera que existe un nivel jerárquico de las violaciones al derecho a la integridad física y moral y que éste contempla la tortura, como forma más grave de atentado a la integridad personal y los tratos crueles,

---

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala**. párrafo 134-136. Pág. 36.

inhumanos o degradantes como formas menos de ataque contra la integridad moral. Este criterio jurisprudencial podría reducir el ámbito establecido en la Convención. Pero en todo caso, debe tomarse en consideración que el concepto de tortura varió al quedar convencionalmente definido a partir de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual incluyó situaciones que no conllevan graves sufrimientos morales, como son los mecanismos que anulan la resistencia física o la capacidad mental de la víctima.

Al tenor de lo referido, es imperioso hacer notar que en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, la Corte Interamericana, sin hacer alusión a la tortura, calificó el tratamiento penitenciario vivido, así como el sufrimiento emocional de quien espera la ejecución de la pena de muerte, como un trato cruel, inhumano o degradante, en los siguientes términos:

“En el presente caso, todos los detenidos se encuentran bajo una constante amenaza de que en cualquier momento pueden ser llevados a la horca como consecuencia de una legislación y proceso judicial contrarios a la Convención Americana. Según el informe presentado por la perito Gaietry Pargass, el procedimiento previo a la muerte en la horca de los sentenciados por el delito de homicidio intencional aterroriza a los prisioneros y los deprime, varios no pueden dormir debido a que sufren pesadillas y menos aún comer.... La Corte, luego de apreciar la prueba pericial aportada al respecto, considera que las condiciones de detención en que han vivido y viven las víctimas de este caso... constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes ya que éstas se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica”.<sup>16</sup>

En su más reciente jurisprudencia, la Corte ha dado elementos importantes para determinar en cada caso la existencia de tortura:

---

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Párrafo 168-169. Pág. 52.

“... la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”.<sup>17</sup>

## 1.2. La tortura en el entendido de la dignidad humana

La tortura, en la edad media, era concebida como una estrategia judicial detalladamente diseñada y plenamente justificada, de tal suerte que el oficio de torturador era una actividad más entre las necesarias dentro del grupo social. En tal sentido se observa dos razones dadas: la primera de ellas dirigida al entendido de que habían seres torturables, ya sea por estatus de origen, ya sea por los delitos que habían cometido; y la segunda razón, la práctica de tortura como actividad que servía al bien común.

Por lo tanto, históricamente en contextos culturales como el griego, el germano y el romano, se discernía entre los humanos, para considerar a unos torturables y a otros no. Las distinciones entre personas, por estatus, especialmente en Roma, hablan de dos tipos de ciudadanos: **honestiores** y **humiliores**. Los primeros eran privilegiados y constituían la clase gobernante efectiva del Imperio, por lo tanto no torturables pues tenían dignidad; los segundos eran el resto del pueblo, los que se dedicaban a ocupaciones humildes, los pobres y desarraigados, es decir los torturables. Sin embargo, en algunos crímenes como los de lesa majestad y otros casos específicos, hizo a la primera de ellas vulnerable a los métodos de interrogación y castigo reservados sólo para los esclavos, de tal suerte que el honestiores fuera torturado<sup>18</sup>. De

---

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Bueno Alves Vs. Argentina**. Párrafo 83. Pág. 161.

<sup>18</sup> Amnistía Internacional, **[Historia de la Tortura]**, <http://www2.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/in-f-tortura.html>, (01 de Agosto de 2008)

lo señalado se interpreta que el ser digno podía perderse por un crimen excepcional – crimina excepta-, tal el caso del crimen de lesa majestad, situación que evoluciono y que incluso llego a tenerse la condición de torturable por el crimen contra Dios –la herejía-.

Así como lo he planteado, la humanidad ha podido entender históricamente que quien tiene dignidad no debe ser torturado, sin embargo ha fluctuado la forma de entender la dignidad y en los sujetos a los que se les asigna, de tal suerte que afirma el Dr. Exteberria ser esta la cuestión clave.

“En al actualidad entendemos que la dignidad va a dejar de ser algo que se hereda con el estatus o que se conquista con las obras, para constituirse en algo inherente a nuestra condición de humanos, que no se pierde con ningún tipo de conducta, por lo que todos somos no torturables”.<sup>19</sup> A partir de la dignidad para todos los seres humanos, debe entenderse que la tortura no es sólo el sufrimiento físico y psíquico intenso, deliberado, con un fin específico; la tortura se agrava aún más pues busca destruir nuestra dignidad, la desintegración moral de la persona. De tal suerte, en el contenido, en la finalidad de la tortura está implícito el hecho de la destrucción moral del torturado, del daño a su dignidad. Vialatoux al definir la tortura, expresa claramente la intención a la que me he referido: “Hacer sufrir al otro con el fin de privarle de aquella posesión de sí y libertad interior que forma parte de la esencia misma y de la integridad de la persona, con el fin de acabar con la resistencia de su voluntad interna y personal, con el fin de forzar esa resistencia, exasperando la capacidad de sufrimiento, de su sensibilidad para arrancar al individuo psíquico, al que de ese modo se encuentra reducida la persona desmoronada, una confesión o unos datos secretos, que a su vez pueden utilizarse para un fin ulterior”.<sup>20</sup> Así, la tortura va más allá de una definición puramente formal o jurídica, sino que atañe a la esencia misma de todo ser humano, a su dignidad.

---

<sup>19</sup> Exteberria. **Ob. Cit.** Pág. 19.

<sup>20</sup> **Ibíd.** Pág. 27.

## CAPÍTULO II

### **2. Marco legal internacional y nacional de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

Debo iniciar este capítulo haciendo referencia a la tortura como parte del proceso penal en la época medieval, para luego poder explicar cómo durante varios siglos se presentan procesos de abolición de esta práctica hasta la internalización de la tortura dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

#### **2.1. El derecho de la tortura**

La tortura se vincula íntimamente en el marco del derecho de la prueba, teniendo que entender que la prueba no era estrictamente una prueba sino un medio de obtener una plena prueba por medio de una declaración obtenida por el sufrimiento o por el miedo hacia el sufrimiento. La doctrina de 1498, específicamente las ordenanzas francesas de Blois distinguían varias especies de tortura, entre ellas:

- i. La tortura preparatoria: que era aquella infligida al acusado antes de todo juzgamiento definitivo, dada ante la ausencia de indicios suficientes por parte del juez y por la cual se obtenía la declaración de culpabilidad, lo que provocaba obtener prueba plena.
- ii. La tortura previa: ésta ya no tenía injerencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, pues éste ya había sido condenado. Sin embargo, antes de su ejecución debía indicar la existencia de cómplices.

Ambas torturas constituían una medida de instrucción, un medio para conseguir la confesión, pero en 1670, las ordenanzas francesas incluyeron a la tortura como pena, lo cual nunca fue aplicado como tal. Respecto de la tortura previa, debo señalar que “no fue utilizada para la lucha contra la herejía en el derecho canónico, puesto que no podría interrogarse a otro por los males del prójimo”.<sup>21</sup>

Para la aplicación de la tortura a personas ya condenadas a muerte (tortura previa) se requería de algunas condiciones, como la de apariencia de complicidad en el delito cometido por el ya condenado o bien que por el tipo de delito resulte increíble que una sola persona lo hubiese podido cometer. Para la tortura preparatoria existían dos condiciones básicas:

- a) Las condiciones relativas al crimen: estas condiciones hacen referencia a que la materialidad del crimen debe ser cierta, es decir el juez garantiza la existencia real de la infracción y proporciona la prueba del cuerpo del delito. Que el delito cometido mereciera la pena capital y cuando los otros medios de obtener la prueba plena no alcanzaban.
  
- b) Las condiciones relativas a la persona: los aristócratas y miembros del clero estaban eximidos de la tortura en Francia; en España, las siete partidas de Alfonso V exceptuaban a los nobles, caballeros, antiguos consejeros del rey o de una ciudad. Sin embargo, “con el paso del tiempo y ya para el siglo XVI los crímenes de lesa majestad o aquellos crímenes considerados terribles hacían perder la categoría de estatus a los exentos y los volvía seres torturables. Además, no podía torturarse a las mujeres embarazadas o que no hubieran cumplido cuarenta días después del parto, los impúberes, el impedido, los sordos y los mudos”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Jourse, Daniel. **Tratado de la justicia criminal de Francia**. Pág. 213.

<sup>22</sup> Lyons, Lewis. **Historia de la tortura**. Pág. 127.

En el derecho a la tortura, existía un aspecto revelador y curioso, era la insistencia puesta en la exigencia del carácter voluntario de la confesión, según una regla invariada en Europa las confesiones hechas durante la tortura debían ser renovadas por el acusado, siendo entonces considerada como voluntaria declaración. En tal sentido, “ninguna declaración hecha bajo tortura era calificada como prueba completa, por ejemplo en el derecho canónico romano la confesión no era válida si el acusado no la repetía públicamente, libre de toda tortura, después de haberla sufrido”.<sup>23</sup>

La doctrina de la época medieval no ignoraba la falta de certeza que originaba el uso de la tortura y la impugnación potencial de que podían ser objeto las confesiones forzadas, así el “Código Criminal de Carlos V prescribía tomar nota de las declaraciones del acusado bajo tortura pero no transcribirlas sino cuando éste fuera liberado, siendo que una vez confirmada la confesión fuera de la cámara de tortura, esta ratificación espontánea completaba la prueba y la condena podía ser entonces pronunciada”.<sup>24</sup> Sin embargo, varios autores de la época exigían que para la aplicación de la pena capital, a la tortura debía acompañarse otras pruebas y las declaraciones de un testigo, esto transcrito en las ordenanzas francesas de 1670.

Si el acusado se retractaba de lo declarado en el momento de la tortura, podría existir ausencia de confesión, no obstante si lo que declaró durante la tortura concordaba con los demás indicios, los jueces harían caso omiso y podían condenar. Pero si aparecían nuevos indicios se autorizaba al juez volver a torturar, las ordenanzas de 1670 autorizaban la tortura durante dos veces sobre el mismo acusado y sólo si existían nuevos indicios.

Conocidos algunos aspectos de la forma de aplicación de la tortura en el proceso penal, entro al siglo XVIII representado tradicionalmente por historiadores y penalistas del siglo

---

<sup>23</sup> Mahiques, Carlos. **Noción jurídica de tortura**. Pág. 83.

<sup>24</sup> **Ibid.** Pág. 90.

XIX como el resultado de un vasto movimiento reformador, inspirado en la filosofía de las luces. Beccaria con su tratado **De los Delitos y las Penas** da base suficiente al movimiento reformador. Se abrió paso a la íntima convicción como la nueva clave hermenéutica de apreciación judicial de la prueba, admitiendo que el viejo sistema de pruebas había que reemplazarlo. Así, la abolición de la tortura judicial da inicio.

## **2.2. La abolición de la tortura**

Como he señalado, el movimiento reformador del siglo XVIII y, especialmente, la obra de Beccaria, expone argumentos irrefutables contra la imposición de torturas para lograr que el individuo confesara; hay otros autores que sugieren una lectura inversa al proceso de abolición de la tortura. Basados en la revisión de las disposiciones relativas a la tortura en el derecho positivo en 1720, infieren que los filósofos de la iluminación tuvieron muy poca influencia, resaltando que las causas más importantes fueron de tipo jurídico.

Según lo expuesto, la abolición de la tortura para estos autores, entre ellos Langbein, resultó de un cambio gradual del sistema probatorio, operado en el curso de los siglos XVI y XVII, hacia el principio de la íntima convicción de los jueces. Así se encuentran dos posturas: la historia tradicional por un lado y la postura de Langbein y Schanapper, entre otros, pero en todo caso ninguna es reductible de la otra. Para efectos de esta tesis, me basaré en el movimiento reformador el cual se basa en el ambiente cultural y filosófico del siglo de las luces. Me permitiré dividir el proceso de abolición en dos etapas, quizá muy distantes, pero que sólo se diferencian por el periodo de guerras surgidas en el siglo XX; la primera etapa, referente a la abolición de la tortura iniciado en el siglo XVIII, que hace referencia a cómo se abolió en el ámbito legislativo y el procedimiento político de abolición parcial. La segunda etapa, en referencia a la internación de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos, su

desarrollo y evolución normativa, así como su establecimiento como norma ius cogens. Estableciendo, finalmente, que la prohibición de tortura se instaló como un derecho al que nadie, ni los Estados, ni las personas, pueden renunciar o pasar por desapercibido.

### **2.2.1. La abolición de la tortura en los siglos XVIII y XIX**

El proceso de abolición hace referencia al ámbito legislativo de la tortura en Europa, no se trató de un proceso instantáneo, sino un proceso de varias décadas, inicia en “Suecia entre 1722 y 1734 y termina en Suiza con la abolición en el cantón de Glarus en 1851”.<sup>25</sup>

El proceso de abolición comenzó con la pregunta de la eficacia de la tortura, puesto que se mantenía una clara preocupación en cuanto su abolición podría alterar el efecto disuasivo del derecho penal, esperándose que su abolición provocara un aumento en la criminalidad, por lo que 3 técnicas fueron utilizadas para ir suprimiendo parcialmente la tortura:

- a) La restricción del campo de aplicación de la tortura: Disminuyó el número y las categorías de crímenes en los cuales la tortura podía ser empleada o restringiendo la competencia de los tribunales a esos fines. El ejemplo más claro lo da Federico II de Prusia, quien restringió el recurso de la tortura para crímenes de lesa majestad y traición, y en 1754 la prohibió totalmente, siendo Prusia el primer Estado en abolirla completamente en Europa.
- b) El examen previo de las sentencias de tortura por el poder ejecutivo: En Prusia Federico I impuso que todas las sentencias de tortura en las causas de brujería

---

<sup>25</sup> Mahiques. **Ob. Cit.** Pág. 121.

le fueran sometidas a confirmación antes de la ejecución, siendo que con Federico II y la restricción del campo de aplicación, toda causa debía pasar por la aprobación real para poder ser aplicada la tortura. En los países Bajos Austriacos por edicto del emperador se ordenó que los juicios interlocutorios que ordenaban la tortura fueran sometidos al consejo privado imperial, pues antes de pronunciar o de hacer ejecutar un juicio que ordenara la tortura, todo juez debería esperar la orden del consejo.

- c) El secreto de las medidas de abolición: Todas las medidas de abolición fueron mantenidas en secreto, ante el temor de perder efectos disuasivos. Así, María Teresa de Austria al prohibir un modo de tortura comunicaba a los jueces que solo ellos lo sabrían, igual en Lombardía cuando se abolió la horca se mantuvo en secreto.

Todo este proceso abolicionista concluyó con los cambios en el marco de una reforma penal, siendo importante referir el ejemplo francés, en donde la “Asamblea Constituyente en octubre 8 y 9 de 1789 emite Decreto de abolición definitiva de tortura previa y preparatoria, basados en el amor por la humanidad y el progreso de las luces”.<sup>26</sup>

### **2.2.2. La internalización de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos**

Una vez finalizada la segunda guerra mundial, el derecho internacional centra su interés en la efectiva protección de los derechos humanos, siendo éstos el eje central de la política universal para el mantenimiento de la paz mundial. Así, todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos hacen referencia a la interdicción de la tortura.

---

<sup>26</sup> **Ibid.** Pág. 131.

Esta necesidad de protección de los derechos humanos hace que nuevas doctrinas en materia de personalidad jurídica y de responsabilidad en el derecho internacional irrumpían en el derecho. De tal suerte, en la doctrina *ius publicista* se entendía que los únicos sujetos de derecho internacional eran los Estados, consecuentemente éstos serían los únicos titulares de derechos y obligaciones en el ámbito internacional, siendo exigido sólo por otro Estado. La ineficacia de este mecanismo, permitió que los sujetos individuales pudieran exigir los compromisos que en el ámbito internacional cada Estado había suscrito. “Siendo así la protección a la dignidad de la persona humana, como el nuevo fundamento de las relaciones interestatales, lo que condujo a la introducción del reconocimiento de la personalidad jurídica del ciudadano individual, colocándolo como sujeto del derecho internacional. Por lo tanto la transformación radical en busca de un efectivo grado de participación de los derechos humanos de los ciudadanos individuales genera el concepto de crimen de lesa humanidad”.<sup>27</sup>

Esta preocupación teórica se cristaliza en lo preceptuado en los textos internacionales; sin embargo, la preocupación por prohibir y sancionar la práctica de tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no se inicia con la codificación de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial, por lo que debo hacer referencia a dos momentos importantes: la prohibición de la tortura en el derecho internacional de los conflictos armados; y la prohibición de la tortura en las convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos.

Previo a explicar los momentos citados, debo hacer referencia a las normas *ius cogens*, puesto que en el transcurso de mi exposición se encontrara que la prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ha establecido como una norma de derecho internacional del tipo de las de *ius cogens*, así es prioritario referirme al respecto.

---

<sup>27</sup> Ledesma, Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. Pág. 22.

### 2.2.2.1. Las normas ius cogens

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dispone en su Artículo 53 que: “una norma ius cogens es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados, a la cual ninguna derogación le es permitida y que no puede ser modificada sino por una nueva norma del derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Sin embargo, esta definición no aclara qué es una norma ius cogens, estableciendo únicamente la diferencia entre una norma del derecho internacional general de carácter obligatoria y la norma ius cogens de carácter imperativa, reside en el hecho de esta última no acepta ninguna derogación.

El Dr. Rodríguez, identifica los criterios de apreciación establecidos para la identificación de una norma ius cogens:

- a) “La posibilidad de derogación o suspensión por parte de los Estados, ya sea reconocidos por tratados regionales o universales.
- b) Aceptación general por parte de todos los miembros de la comunidad internacional, que lo hace ser considerado un **valor universal** que integra la conciencia jurídica de la humanidad”.<sup>28</sup>

En tal sentido, las normas que defienden la dignidad de la persona humana se convierten en normas ius cogens, siendo de carácter absoluto e inderogable, no pueden

---

<sup>28</sup> Rodríguez Barillas. **Ob. Cit.** Pág. 16.

ser suspendidas ni restringidas bajo situación alguna, son derechos fundamentales que los Estados siempre y en todo momento deben respetar.

Las normas *ius cogens*, entonces, se caracterizan por que son una fuerza vinculante y una extensión normativa mayor que los tratados o las convenciones internacionales.

Estas normas son vinculantes para todos los países miembros de la comunidad internacional, incluso aquellos que no se han adherido a convenio alguno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto en el caso *Tibi contra Ecuador*, refirió: “Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto físicas como psicológicas, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*”.<sup>29</sup>

#### **2.2.2.2. La prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los conflictos armados**

En 1907, con el II Convenio de la Haya sobre el derecho consuetudinario de los conflictos armados y sus regulaciones anexas, “se prohibió el uso de la tortura sobre los prisioneros de guerra y las poblaciones civiles en territorios ocupados”.<sup>30</sup> Dicho Convenio y sus disposiciones fueron las bases para establecer las responsabilidades en los juicios de Nüremberg, por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Sin embargo, con la finalización de la II guerra mundial y los métodos de interrogación y las formas modernas de espionaje e inteligencia, la comunidad internacional se preocupó por extender la protección de heridos, enfermos, población civil, entre otros. Se da paso a los Convenios de Ginebra, estos cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949 adoptan la disposición siguiente:

---

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Párrafo. 143.

<sup>30</sup> Rodríguez Barillas. *Ob. Cit.* Pág. 17.

“Cada una de las partes contendientes tendrá obligación de aplicar, por lo menos las disposiciones siguientes: las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detenidas o por cualquier otra causa, serán tratadas, en todas las circunstancias, con humanidad, sin distinción alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A tal efecto, están y quedan prohibidas en todo tiempo y lugar, respecto a las personas aludidas:

- a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
- b) La toma de rehenes;
- c) Los atentados contra la dignidad humana, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.”

A esta disposición citada debe añadirse las disposiciones del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, por los cuales se prohíbe interferir con la salud mental o integridad física de las personas internadas, detenidas o privadas de libertad.

Estas disposiciones, como puede leerse, dan a la norma carácter de norma ius cogens, situación que quedó establecida en la jurisprudencia internacional cuando el Tribunal

Internacional de Justicia emitió resolución en el caso Nicaragua Vs. Estados Unidos de Norte América. Específicamente cuando los Estados Unidos alega no ser parte de los Convenios de Ginebra, resolviendo el tribunal que: “Lo establecido en el Artículo tres de los Convenios de Ginebra es una norma ius cogens y la no adhesión a un convenio no significa la inobservancia que los derechos mínimos fundamentales de las personas se encuentran por encima de la soberanía de los Estados”.<sup>31</sup>

### **2.2.2.3. La prohibición de la tortura en las convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos**

#### **2.2.2.3.1. Sistema universal de protección de derechos humanos**

El año 1948 marca el inicio de la prohibición absoluta de la tortura, que culmina para algunos autores en 1984 con la adopción de la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y para otros, aún no termina sino hasta que todos los países del mundo adopten el protocolo facultativo de dicha convención.

En 1948, con la adopción de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, se marca el inicio de protección a los derechos humanos, que en el Artículo cinco estipula que: “Nadie podrá ser sometido a tortura, trato o pena cruel, inhumana o degradante”. En el mismo sentido, pero con carácter vinculante se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Artículo siete se declara la prohibición de ser sometido a tortura pero hace referencia especial a que: “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” y en su Artículo 10.1 se refiere al

---

<sup>31</sup> Tribunal Internacional de Justicia. **Caso Nicaragua Vs. United State of America**. párrafo 170.

trato digno de toda persona privada de su libertad. A la par de estas normas generales se fueron adoptando normas sobre derechos específicos, de ahí la Convención Internacional Sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, aprobada mediante resolución 3068 del 30 de Noviembre de 1973 por la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual establece en su Artículo dos que los atentados contra la integridad física o mental de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, constituyen crimen de apartheid cuando son cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial.

En 1975, por diversas presiones de entes internacionales, en Naciones Unidas se aprueba la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, con la deficiencia de carecer de obligatoriedad y de mecanismos procesales para brindar una efectiva protección contra las prácticas de tortura. A pesar de las carencias, esta Declaración marca un avance importante, de tal suerte que estipula la obligación de que toda confesión obtenida mediante tortura carezca de validez legal, además de instar a que todo Estado establezca el delito de tortura en su legislación penal. A esta Declaración se unen el Código de Funcionarios, encargado de hacer cumplir la ley y los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros malos tratos. Sin embargo, estos documentos iban dirigidos a algunos profesionales por su contacto directo con personas privadas de libertad y por su conocida posibilidad de participar en actos de tortura, y no así a obligar a los Estados a tomar medidas reparadoras y preventivas, además de seguir careciendo de mecanismos procesales que brindaran una protección contra las prácticas de tortura.

Es hasta el 10 de diciembre de 1984 que Naciones Unidas aprueba el texto más importante en relación con el reconocimiento y protección al derecho a la integridad

física y moral de la persona humana. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que establece de manera determinante la prohibición absoluta de la tortura y señala que ninguna circunstancia podrá ser invocada para justificar la tortura.

De esta convención, cada Estado Parte adquiere una serie de obligaciones de distinto tipo:

- Obligación de educación y formación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;
- Medidas legislativas tendientes a impedir actos de tortura, esto implica el establecimiento legal de las garantías durante la detención, el arresto y la liberación de personas presas.
- Obligación de adoptar mecanismos judiciales para prevenir los actos de tortura, estos en referencia al respeto de la independencia judicial, a la obligación de establecer recursos judiciales efectivos para evitar los actos de tortura y la anulación de las declaraciones obtenidas mediante tortura.
- Otras medidas administrativas de prevención contra dichas prácticas.
- Obligación de adoptar medidas internas en orden a garantizar la reparación de los daños.
- El deber de enjuiciar a los responsables de actos de tortura.

- Obligación de adoptar medidas para garantizar investigaciones imparciales, independientes y efectivas, esto hace referencia a que los investigadores deben ser independientes de los presuntos responsables.

Señaladas estas obligaciones, la Convención de Naciones Unidas además crea un ente encargado de llevar a cabo las medidas de control y garantía previstas en la Convención, el cual es denominado Comité de Naciones Unidas Contra la Tortura.

El sistema de control que este Comité debe tener, se basa en lo establecido en el Artículo 19 de la Convención, de tal suerte que estos sistemas se dividen en tres, los cuales son:

- a) Revisión de informes periódicos: cada Estado Parte presentará su informe al Comité y éste revisará los informes haciendo los comentarios necesarios.
- b) Demandas interestatales: El Artículo 21 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura estipula que un Estado Parte puede declarar la aceptación al derecho del Comité de recibir comunicaciones por parte de otro Estado, alegando que el primer Estado no está dando cumplimiento efectivo a lo contemplado en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, contando con un plazo de tres meses, el Estado demandado para contestar a la denuncia, haciendo alusión a las medidas que se han tomado o negando los señalamientos.
- c) Demandas Individuales: el Artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura establece que cualquier Estado puede reconocer la competencia del Comité para recibir y pedir comunicaciones de/o en nombre de

individuos sujetos a su jurisdicción que aleguen haber sido víctimas de una violación por parte del Estado Parte.

- d) Investigación sobre prácticas sistemáticas de tortura: El Artículo 20 establece que cuando el Comité reciba información confiable que contenga indicaciones fundamentadas de que en un Estado se practica sistemáticamente actos de tortura, éste podrá iniciar **ex officio** investigaciones al respecto.

Además del Comité, Naciones Unidas aprobó el 13 de marzo de 1985 la resolución 33/1985 por medio de la cual se proponía la designación de un Relator Especial sobre tortura, siendo aprobado en definitiva el 21 de mayo de 1985. Dicha relatoría tiene como principal función pedir información acerca de posibles casos de tortura y sobre las medidas tomadas en orden a prevenir y combatir la tortura. Además, ha enviado medidas urgentes a los Estados y ha realizado vistas in loco para establecer la situación de los derechos humanos.

#### **2.2.2.3.2. Sistema interamericano de protección a los derechos humanos**

En el sistema interamericano la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Artículo 5 establece la protección al derecho a la integridad física y prohíbe de forma categórica la práctica de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, la prohibición toma especificidad con la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985.

### **2.3. La tortura en el Código Penal guatemalteco**

La inclusión del Delito de tortura en el Código Penal guatemalteco responde a la obligación de tipificar la tortura como delito en la legislación interna, obligación que se deriva del hecho de ser Guatemala Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas

Contra la Tortura, otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes. Así, la parte considerativa del Decreto Legislativo 58-95 por medio del cual se reforma el Código Penal, refiere que derivado de la ratificación de aquel instrumento internacional el Estado de Guatemala está obligado a adoptar en su legislación los avances internacionales relacionados con la materia.

Es por medio del Decreto Legislativo 58-95, entonces, que se adiciona el Artículo 201 bis al Código Penal el cual tipifica el delito de tortura así:

“Artículo 201 bis. Comete el delito de tortura quien por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente 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 confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. ...”

### **2.3.1. Análisis del tipo penal**

- Sujeto activo: Cualquier persona que actúe por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado. Los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

- Sujeto pasivo: Cualquier persona.

- Finalidad del acto: Obtener de una persona o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.

- Contenido del acto: Infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físico o mentales.
  
- Pena: Privación de libertad de veinticinco a treinta años.

Debo comentar que en la finalidad del acto no se considera la tortura por castigo, siendo únicamente consideradas las torturas por indagación e intimidación. Además, se basa sólo en dolores o sufrimientos graves, sin considerar cualquier método tendente a anular la capacidad y la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Hay un elemento importante que resaltar en la tipificación del delito de tortura, y es que éste no hace referencia a los malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, esta deficiencia proviene de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, pues la misma no establece la obligación de cada Estado Parte a tipificar dichas acciones como delito, sino a tomar medidas de distintas índoles para su prevención.

Por último, actualmente el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en su último periodo de sesiones para Guatemala (mayo de 2006) recomendó al Estado la revisión del delito y que éste fuera modificado de acuerdo a lo establecido en la Convención respectiva. Sin embargo, a pesar de las recomendaciones diversas que existen para la modificación de este Artículo, el Estado de Guatemala aún no ha cumplido con realizar una revisión y un ajuste a lo solicitado por el Comité contra la Tortura, es decir, ha incumplido en el avance de esta recomendación.



### **CAPÍTULO III**

#### **3. Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.**

Al tenor del tema a desarrollar en el presente capítulo, Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante –OPCAT- por sus siglas en Ingles), debe tenerse presente algunos apuntamientos respecto de la denominación Protocolo Facultativo, esto en consideración a las diferencias que se presentan con las Convenciones, Cartas, Pactos y Convenios internacionales. En tal virtud, resulta necesario señalar el procedimiento de aprobación y ratificación de un texto normativo internacional en el Estado de Guatemala. Además, cabe hacer un espacio para la referencia necesaria respecto de lo que entenderé por Privación de Libertad.

Una vez se haya tenido estas consideraciones, profundizare en la explicación del contenido del OPCAT.

##### **3.1. Protocolo facultativo**

El protocolo facultativo, en el ámbito del derecho, es conocido como un texto adicional a un tratado internacional que instituye un procedimiento de entrada en vigor autónomo al del tratado original, por lo que introduce disposiciones no contempladas en el tratado al cual se refiere, pero que lo contemplan. Así, debe tomarse en consideración que los protocolos facultativos pueden responder a dos necesidades, cuales son:

- a. Algunos tratan de instituir un mecanismo de supervisión adicional al que establece el tratado original. Verbigracia: el Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, que amplía la competencia del Comité específico para conocer de comunicaciones individuales y a la realización de investigaciones sobre violaciones a los derechos de las mujeres.
- b. Otros elaboran un texto que complemente las insuficiencias normativas del tratado original. Verbigracia: El Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que busca completar dicha categoría de derechos de las disposiciones dadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, “Un Protocolo Facultativo viene a ser una técnica jurídica, mediante la cual los Estados actualizan las disposiciones de un Tratado original, extienden su alcance o buscan consolidar los mecanismos establecidos”.<sup>32</sup> Esto sin necesidad de revisar o reabrir la discusión sobre el contenido del texto original. En tal sentido, se dice que es facultativo u opcional porque su contenido no es obligatorio para los Estados Partes del Tratado original, sino que queda sujeto a la decisión de éstos; y por lo tanto, solo los Estados que han ratificado el Tratado internacional podrán luego ratificar el Protocolo Facultativo.

### **3.1.1. Procedimiento de aprobación y ratificación de un instrumento normativo internacional en el Estado de Guatemala**

El proceso de celebración, aprobación y ratificación de Tratados, Convenios y otros instrumentos internacionales en la República de Guatemala, está sujeta a las disposiciones de la Constitución Política de la República de Guatemala, las cuales responden a una interacción entre el Organismo Ejecutivo y el Legislativo.

---

<sup>32</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación Para la Prevención de la Tortura. **Ob. Cit.** Pág. 28.

Esta interacción será mejor explicada a través de un ejemplo concreto, de tal suerte que el OPCAT esta suscrito, aprobado y ratificado por Guatemala, esté será mi mejor ejemplo.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 183 establece las funciones del Presidente de la República y entre ellas refiere en su literal o) "... dirigir la política y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios..." así mismo en su literal k) establece que "... someter a consideración del Congreso para su aprobación y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional..."

En tal sentido el Estado de Guatemala, por medio del Organismo Ejecutivo, y dentro de las funciones enunciadas, firma o suscribe en septiembre 25 de 2003 el OPCAT. Situación que genero el sometimiento del OPCAT a conocimiento del Congreso de la República para su Aprobación. Analizo, ahora, la aprobación dentro del Órgano Legislativo:

La Constitución en su Artículo 171 establece que "corresponde también al Congreso de la República... l) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional..." En tal virtud, el OPCAT, ingresa al Congreso de la República y debe cumplir con el proceso de formulación y sanción, esto al tenor de que la aprobación debe expresarse por medio de un Decreto Legislativo. De esta manera, el Congreso somete a conocimiento de la Comisión de Relaciones Exteriores para que ésta emita un dictamen que indique si existen o no aspectos violatorios a la Constitución y si es de importancia para el Estado de Guatemala.

En tal situación, en 2007 el día 24 de abril, la Comisión de Relaciones Exteriores dictaminó favorablemente a la iniciativa 3391, la cual daba pasó a que el pleno del Congreso conociera en tres lecturas el proyecto de decreto para su aprobación.

El pleno del Congreso conoció dicho proyecto y aprobó el OPCAT mediante decreto 53-2007 del Organismo Legislativo.

Así, el Organismo Ejecutivo suscribió y el Legislativo aprobó dicha suscripción; ahora el Organismo Ejecutivo en virtud de los artículos constitucionales precitados, le corresponde ratificar. Al tenor de nuestro ejemplo, el OPCAT ahora debe ser ratificado mediante depósito de aceptación o ratificación ante la Secretaría de la Asamblea General de Naciones Unidas.

### **3.2. Privación de libertad**

Comúnmente, cuando se hace referencia al concepto de privación de libertad, se suele pensar en la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito; se piensa en la pena de privación de libertad. Sin embargo, la privación de libertad tiene otros alcances, los cuales es necesario mencionar. En tal sentido, hare referencia en dos apartados a la privación de libertad: el primero de ellos respecto al entendido de Pena; el segundo a las otras formas de privación de libertad, es decir no como consecuencias de la realización de un delito, y a lo que el OPCAT entiende como privación de libertad.

#### **3.2.1. La pena de privación de libertad**

La libertad como valor fundamental se ha constituido como uno de los puntos de referencia de protección y afectación de la potestad punitiva del Estado, en consecuencia decimos que se protege al formalizar un conjunto de principios que limitan al Estado a restringir su ejercicio; y se afecta, al instituirse como pena que la

priva y como mecanismo de coacción procesal para garantizar la presencia del procesado durante el proceso.

Al tenor de lo expuesto, es importante resaltar que nuestra legislación penal no define la pena privativa de libertad, pues los Artículos 44 y 45 del Código Penal guatemalteco apuntan únicamente a señalar la implicación de la privación de libertad personal, su duración y los lugares donde deben cumplirse. En tal sentido, corresponde hacer referencia a los Artículos 19 y 26 de nuestra Constitución: el Artículo 26 constitucional plantea que la libertad de locomoción, es el derecho de toda persona para entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; agregando que su limitación deberá estar establecida en ley. Ahora bien como pena, la privación de libertad le asigna la Constitución en su Artículo 19, los fines de readaptación social y reeducación de los reclusos, determinando su aplicación a determinadas condiciones para los presos, en el mismo sentido se refiere el Artículo 3 literal a) de la Ley de Régimen Penitenciario guatemalteco.

A partir de los elementos aportados, Ramírez García define a la pena de privación de libertad como “perdida de la libertad ambulatoria de una persona por un tiempo determinado por una sentencia debidamente ejecutoriada, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario cuyo régimen está sometido al principio de legalidad, que tiene como fin generar condiciones favorables para la resocialización y reeducación del condenado”<sup>33</sup>.

### **3.2.1.1. Clases de penas privativas de libertad**

La pena privativa de libertad esta claramente especificada en el tipo penal, situación contraria a las penas accesorias, por lo que la pena de privación de libertad es una pena principal, esto de acuerdo al Artículo 41 del Código Penal, y al tenor de nuestro

---

<sup>33</sup> Ramírez García, Luis y otros. **Manual de Derecho Penal Guatemalteco Parte General**. Pág. 572.

Código esta puede manifestarse como prisión y como arresto, esto dependiendo del tipo de infracción que se comete, es decir delito o falta; esto conlleva entenderlas no como modalidades de la privación de libertad, sino como penas distintas por estar sujetas a regímenes distintos y concepciones diversas.

En dicho entendido, el arresto en la legislación guatemalteca aparece como pena principal, se asigna específicamente para las faltas según el Artículo 45 del Código Penal, se da la posibilidad de conmutar la privación de libertad por una cantidad de dinero de acuerdo al Artículo 50 del mismo cuerpo legal, su duración no puede exceder de 60 días y su cumplimiento debe realizarse en lugares distintos a los establecidos para personas condenadas como lo establece el Artículo 10 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 45 del Código Penal. En tal sentido, como señala Ramírez García: “Las finalidades preventivas generales y especiales que se esperan de su aplicación son incongruentes con el proyecto político criminal que inspira la Constitución. Como prevención general, sobresale su aspecto negativo, por recurrir al sistema penal innecesariamente pudiendo resolver este tipo de conflictos con medidas alternativas menos perjudiciales que el derecho penal, o bien aplicar otro tipo de sanciones menos lesivas. En cuanto a la prevención especial produce los mismos efectos de las penas cortas: estigmatizantes y disocializadoras...”<sup>34</sup>

Cuando nos referimos a la prisión, debemos resaltar que esta se contempla, también, como una pena principal de acuerdo al Artículo 41 del Código Penal y su duración va de 30 días a 50 años según el Artículo 44 Código Penal.

### **3.2.2. Privación de libertad y el OPCAT**

Cuando se hace referencia a otras formas de privación de libertad, se hace referencia a que la privación de libertad puede presentarse no sólo como consecuencia de una sentencia emanada de un órgano judicial, sino también, de un órgano de carácter

---

<sup>34</sup> **Ibid.** Pág. 589.

administrativo; verbigracia: la dirección de migración que priva a la persona indocumentada para luego enviarla a su país de origen. Así, resulta que existen personas privadas de su libertad en albergues de migrantes, ancianos en asilos, niños en guarderías, enfermos en hospitales generales y psiquiátricos, entre otros.

Acá, resulta importante establecer la diferencia entre internamiento y prisión, de tal suerte que muchas personas al referirse a la personas que se encuentra en una cárcel le llaman **interno**, siendo un termino meramente positivista, puesto que se deriva del entendido de que él que delinque lo hace por enfermedad y por lo tanto se le interna para curarle. Contrario a esto debe entenderse que la persona a la que se le interna o bien que se interna, lo hace por razones distintas a las de haber cometido un delito; mientras que el que ha cometido un delito y se le priva de la libertad no es más que un prisionero y por lo tanto no un interno. Dicha tesis, compartida por mi persona, nos da la formula de solución para entender que aún cuando una persona se encuentre a lugar distinto a una cárcel, esta puede estar privada de su libertad bien por su propia voluntad o bien por que administrativamente el Estado así lo ordena; pero en cualquiera de los casos, las personas al estar presas o internas quedan bajo el trato y condiciones del personal del establecimiento en el que se encuentren.

En tal sentido, el OPCAT, válidamente establece que para los efectos de prevenir la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se entenderá a la privación de libertad en sentido amplio, dejándolo establecido en su texto de la siguiente forma:

“Artículo 4.2. A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no puede salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública.”

El referido artículo extiende, entonces, el entendido de privación de libertad a aquellos lugares que no necesariamente son los oficialmente conocidos, pero esencialmente sobre aquellos en donde existen personas privadas de su libertad y que por lo tanto requieren de tratos y condiciones especiales.

### **3.3. Historia del OPCAT**

Como he descrito en este capítulo, el OPCAT, es un texto adicional a un Tratado internacional, en este caso a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Dicha Convención fue adoptada en 1984, pero sus inicios se remontan a la época de los años 1970; siendo esta época en donde tenían lugar los conflictos de la guerra fría y, cuyos efectos, mantenían en América Latina Gobiernos dictatoriales militares y aplicación de la doctrina de seguridad nacional. En este contexto, y con el informe de Amnistía Internacional en 1973 sobre tortura, la comunidad internacional inició los diálogos y negociaciones que conllevarían a la citada Convención contra la Tortura y la creación de su Órgano del Tratado: el Comité contra la Tortura.

#### **3.3.1. Proyecto Gautier**

El proyecto Gautier (denominado así en virtud del creador de la idea) parte del estudio exhaustivo sobre los mecanismos de la lucha contra la tortura existente en los años 70, que se basaban en el modelo de visita a prisioneros de guerra efectuadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Este modelo, el de la Cruz Roja, consistía en el ingreso de prisioneros a los lugares de detención, lo que constituía un sistema de visitas periódicas a centros en donde se encontraban personas detenidas en el contexto de un conflicto armado y en virtud del derecho internacional humanitario.

De tal punto de partida, el Suizo Jean Jaques Gautier, indica que si bien la creación de la Convención contra la Tortura y el Comité del mismo, permitía conocer situaciones de tortura, estas situaciones eran conocidas a posteriori y nunca de forma preventiva. De tal suerte que a partir de la idea de Gautier y del estudio de los logros del Comité de la Cruz Roja en sus visitas a centros de detención, se propone la creación de un mecanismo preventivo que realizara inspecciones regulares en cualquiera de los lugares donde permanecieran personas detenidas o privadas de su libertad. Dicho mecanismo sería destinado a prevenir la tortura en base a la idea de promoción de un dialogo con el Estado sobre las medidas a tomar para prevenir la práctica de estos actos contra las personas<sup>35</sup>.

Así, en el año 1978 el Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas, propone que el medio jurídico para poder incorporar dicho mecanismo de visitas es a través de un texto adicional al de la Convención, puesto que la discusión sobre la Convención estaba iniciada y varios Estados mostraban resistencia a la misma. A tal postura, el Estado Costarricense somete formalmente a las Naciones Unidas el proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, bajo la reserva que esta propuesta sea examinada después de que sea adoptada dicha Convención.

### **3.3.2. Definición del texto del OPCAT**

El proyecto presentado por el Estado costarricense en 1980 sirve como base conceptual y de discusión sobre el texto final del OPCAT. En tal sentido, las discusiones debían basarse en cinco puntos esenciales para la operativización del OPCAT:

a. El consentimiento del Estado para visitas a cualquier parte de su territorio.

---

<sup>35</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la prevención de la tortura. **Ob. Cit.** Pág. 45.

- b. Acuerdos previos entre el Subcomité y el Estado para realizar una visita in situ.
- c. Las facilidades que el Estado debe otorgar al Subcomité durante las visitas.
- d. La conformidad de las disposiciones del Protocolo con la legislación interna.
- e. Objeciones, en circunstancias opcionales, de un Estado a una visita del Subcomité<sup>36</sup>.

Dicho debate, deja en receso la discusión sobre la adopción de un texto final, no obstante que el Estado mexicano promueve el debate a partir de una propuesta nueva: la inclusión de un Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura –en adelante MNP-, paralelo al mecanismo internacional de visitas. Dicha propuesta, apoyada por Suecia y Costa Rica, da paso a que el grupo de trabajo en su décimo periodo de trabajo –del 14 al 25 de enero de 2002- adopte un texto definitivo y concreto, impulsado y propuesto por la Relatora presidenta del grupo de trabajo. En tal sentido, los debates pendientes son salvados mediante la inclusión de las propuestas incluidas en el proyecto original de 1980 y 1991 por el Estado costarricense y las distintas propuestas presentadas durante los diez años de trabajo.

En definitiva, el texto original del OPCAT, resulta ser un texto impulsado por las presiones de las autoridades de Naciones Unidas y no un texto consensuado entre todos los Estados. En tal virtud, la presidenta relatora del grupo de trabajo hizo una incorporación de todas las propuestas y que dio como resultado el texto actual del OPCAT. Es indispensable salvar que los países contrarios a estas propuestas, en la mayoría de los casos, eran aquellos que aún no habían aprobado y ratificado la

---

<sup>36</sup> **Ibid.** Pág. 61

Convención de Naciones Unidas contra la Tortura. Por lo que el Estado costarricense manifestó su desacuerdo en que estos Estados quisieran imponer sus opiniones y prolongar aún más el debate.

Es importante hacer notar, que los Estados de Costa Rica, México y Suecia son, finalmente, los Estados que dan mayores aportes al texto final del OPCAT desde que la idea fue concebida por Gautier.

### **3.4. Objetivos del OPCAT**

El OPCAT por su naturaleza, busca el prevenir las prácticas de tortura y tratos inhumanos o degradantes en contra de personas que se encuentren privadas de libertad; y por su misma naturaleza busca, también, el establecer un diálogo abierto y concreto con el Estado Parte, esto en aras de la erradicación a largo plazo de dichas prácticas. En tal virtud, lo establecido por el OCPAT, resulta ser innovador en el marco de los mecanismos de protección de los Derechos Humanos en dos sentidos: 1) es un mecanismo que conoce en prevención y no cuando ya ha sucedido la violación al derecho; y 2) los órganos que crea para la prevención no son sancionadores.

Al respecto, del tema de prevención, es importante señalar que el OPCAT se basa en la obligación de cada Estado parte de tomar medidas de prevención, las cuales son derivadas de la ratificación de la Convención contra la Tortura. Cito los artículos de la Convención contra la tortura:

“Artículo 2.1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para prevenir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.”

“Artículo 16.1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal y como se define en el Artículo 1...”

Al tenor de lo expuesto, se identifica que el objetivo del OPCAT es la prevención de las prácticas de tortura y otros tratos crueles e inhumanos, estableciendo un mecanismo que pueda realizar dicha acción de prevención. Así, en conjunción con la idea de

Gautier y la experiencia del Comité Internacional de la Cruz Roja, el objetivo del OPCAT queda plasmado en su Artículo 1, el cual dice:

“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 encuentre personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Evidentemente, como he expresado ya en esta tesis, el OPCAT pretende mediante visitas a centros de detención prevenir las prácticas de tortura y otros tratos, además que ese sistema de visitas constante es el que permite establecer las recomendaciones necesarias para mejorar las condiciones y trato en los centros de personas privadas de libertad. Ahora bien, en el marco de lo innovador que resulta ser el OPCAT, este refiere de dos tipos de órganos monitores: el internacional y el nacional, ambos de carácter independiente y cuyo análisis resulta ser, para esta tesis, el punto medular de estudio.

### **3.5. Órganos de prevención de tortura de acuerdo al OPCAT**

El proyecto original de OPCAT, preveía la creación de un solo órgano de visita, el internacional, sin embargo, durante la elaboración del texto final, la idea presentada por el Estado Mexicano de la creación de un órgano nacional fue adoptada y finalmente

incluida dentro del OPCAT. Dicha propuesta, afortunadamente aceptada, resuelve el problema de periodicidad de las visitas a los centros de privación de libertad. Lo anterior en el sentido de que un solo órgano internacional de carácter universal, por su naturaleza, no podría tener periodicidad de visita a cada país y, por lo tanto, no permitiría tener la constancia y seguimiento adecuado a las recomendaciones y dialogo con el Estado Parte.

En este apartado hare referencia al órgano internacional de prevención, y en el capítulo siguiente daré énfasis al órgano nacional de prevención.

### **3.5.1. Órgano internacional de prevención**

El órgano internacional de prevención se establece como un Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (en adelante el Subcomité); el cual se rige por los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad, con lo que se garantiza al Estado Parte un trato equitativo por parte del Subcomité, y un enfoque equilibrado de éste al examinar regiones con contextos religiosos, culturales y legales diferentes.

#### Artículo 2

1. Se establecerá un Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura, que desempeñara las funciones previstas en el presente Protocolo.
2. El Subcomité realizara su labor en el marco de la Carta de Naciones Unidas y se guiará por los propósitos y principios enunciados en ella, así como por las normas de las Naciones Unidas relativas al trato de las personas privadas de su libertad.
3. Asimismo, el Subcomité para la prevención se guiará por los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad.

Además, el subcomité debe tener presente que para su trabajo no tendrá que basarse únicamente en el contenido de la Convención contra la Tortura, sino que puede abocarse a todas las normas relativas al trato de las personas privadas de libertad.

### **3.5.1.1. Establecimiento y conformación del subcomité**

El subcomité se conforma por diez miembros los cuales serán designados por los Estados Partes para un periodo de 4 años, mediante voto secreto y de una lista de candidatos presentada ante la Secretaría de las Naciones Unidas, la cual definirá la lista y convocará a las votaciones de los Estados Partes.

Las postulaciones de los miembros al Subcomité se rigen por dos tipos de criterios: el primero sobre las personas y la calidad de estos; y el segundo sobre la nacionalidad del postulado. Así, resulta que el criterio de postulación en razón de la calidad de la persona es el siguiente:

- Reconocida Integridad moral y reconocida competencia en la administración de justicia, en especial en el derecho penal, administración penitenciaria o policial, o en las esferas de interés para el tratamiento de las personas privadas de libertad.

El texto del criterio enunciado, evidentemente, indica que aún cuando la persona no haya tenido una carrera judicial, penitenciaria o policial, pero que su trabajo y desempeño profesional haya tenido relación con el tratamiento de las personas privadas de libertad, pueda ser postulada para el Subcomité. Esto resulta coherente con el sentido propio del texto del OPCAT, pues en ocasión de los principios que debe observar en su actuación el Subcomité, especialmente en referencia a la independencia y a la imparcialidad de sus miembros.

Ahora, en cuanto a la nacionalidad de la persona postulada:

- Los candidatos deberán tener la nacionalidad de un Estado Parte del OPCAT.
  
- Cada Estado puede proponer dos candidatos, en tal sentido, uno de ellos deberá tener la nacionalidad del Estado postulante.
  
- Para proponer a un nacional de otro Estado Parte, el Estado Postulante deberá contar con el consentimiento del Estado Parte de que se trate.

Dichos criterios responden a la lógica de no dominación del órgano por un solo Estado Parte y a la de no participación en la integración del órgano de Estados que no sean parte del instrumento internacional.

Una vez he referido los criterios de postulación para la composición del Subcomité, debemos ahora observar los criterios de composición de dicho órgano internacional, cuales son:

- a. Una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de distintas formas de sistema jurídicos y civilización de los Estados Partes.
  
- b. Representación equilibrada de géneros.
  
- c. No podrá haber dos miembros de la misma nacionalidad.

- d. Ejercer sus funciones a título personal, actuando con independencia e imparcialidad y deberán estar disponibles para servir con eficacia al Subcomité.

### **3.5.1.2. Mandato del subcomité para la prevención**

Al tenor del Artículo 11 del OPCAT, el mandato del subcomité para la prevención es el siguiente:

- Asesorar y ayudar al Estado cuando sea necesario en la creación de los mecanismos nacionales.
  
- Mantener contacto directo, en caso necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles información y asistencia técnica con miras a fortalecer su capacidad.
  
- Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales en la evaluación de las necesidades y medidas destinadas a fortalecer la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
  
- Hacer recomendaciones y observaciones al Estado de Guatemala con miras a fortalecer la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
  
- Cooperar con la prevención de la tortura en General, con los órganos y mecanismos pertinentes de Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones

internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea favorecer la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para el cumplimiento de lo anterior, el Artículo 12 del OPCAT establece los compromisos que cada Estado Parte debe asumir, siendo los siguientes:

- Recibir al subcomité para la prevención en su territorio y permitirle el acceso a todos los lugares de detención definidos en el OPCAT.

- Compartir toda la información pertinente que el subcomité para la prevención pueda solicitar para evaluar las necesidades y medidas que deben adoptarse con el fin de fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Alentar y facilitar los contactos entre el subcomité para la prevención y entablar un diálogo con el subcomité sobre las posibles medidas de aplicación.

En tal sentido, los Estados Partes al ratificar el OPCAT, no sólo han asumido la obligación de creación del mecanismo nacional de prevención, pues además, han adquirido obligaciones para con el órgano internacional de prevención.



## CAPÍTULO IV

### **4. Mecanismo nacional de prevención de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del OPCAT**

Una vez descrito el objeto y fin del OPCAT, así como la descripción del órgano internacional creado en virtud de este (Subcomité contra la Tortura), debo dar paso a la descripción del mecanismo nacional de prevención, teniendo que dar respuesta a 4 preguntas esenciales: a) ¿Qué es el mecanismo nacional de prevención de tortura?; b) ¿Cuáles son las garantías y el mandato del mecanismo nacional, así como las obligaciones del Estado?; c) ¿Cómo o quién lo puede crear y conformar?; y d) ¿Cuál es el modelo recomendado para Guatemala?.

#### **4.1. Mecanismo nacional de prevención de tortura**

Como he señalado en el presente trabajo de tesis, el enfoque del OPCAT será el programa de visitas ejecutado por el Subcomité como primer pilar, siguiendo para el efecto la experiencia del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y del Comité Internacional de la Cruz Roja que durante muchos años cumplieron una función similar. El segundo pilar del OPCAT lo constituye el mecanismo nacional de prevención, el cual llevará a cabo una labor similar con análogas garantías a escala local.

Así, el Artículo 3 del OPCAT establece que: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante mecanismo nacional de prevención)” Dicha disposición obliga a cada Estado parte a

contar con mecanismos nacionales de prevención que realicen las visitas periódicas, pero otorga una flexibilidad importante, pues permite a los Estados crear o mantener un mecanismo, escoger la forma más apropiada para poder cumplir con el fin establecido y también, poder optar a tener solo uno o varios mecanismos con base en una división temática o geográfica por ejemplo.

A pesar de mantener la flexibilidad dicha y el hecho de no precisar la forma exacta que ha de tomar el mecanismo nacional de prevención, el OPCAT instituye algunos elementos importantes para tener en consideración para la creación y funcionamiento del mecanismo nacional de prevención, así en su Artículo 17 indica: “Cada Estado parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones”. Este artículo especifica lo contenido en el Artículo 3, puesto que establece el plazo de un año después de la entrada en vigor del OPCAT para su creación o un año a partir de la ratificación del Estado cuando ya el OPCAT este con vigor.

Ambos artículos no definen con claridad lo que es un mecanismo nacional de prevención. Sin embargo, conociendo la naturaleza preventiva del instrumento y el objeto de realizar visitas a lugares de detención para la prevención de la tortura, voy a ensayar una definición de mecanismo nacional de prevención así:

“Una institución independiente designada o creada por el Estado para que mediante visitas periódicas a lugares de detención examine las condiciones y trato de las personas privadas de su libertad por orden judicial o administrativa, con el objeto de

prevenir la práctica de actos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes”.

#### **4.2. Garantías en la constitución y funcionamiento de un mecanismo nacional de prevención**

Por la finalidad y objeto del mecanismo nacional de prevención existen ciertas garantías que el OPCAT establece para el desarrollo de un trabajo libre de interferencias por parte del Estado. El Artículo 18 del OPCAT constituye la base para las garantías en su funcionamiento. Tomaré cada apartado del referido artículo y realizaré un ejercicio de integración de la norma para poder explicarlo y exponer de mejor forma el sentido mismo de la garantía:

El Artículo 18 hace la siguiente referencia:

“Artículo 18.1. Los Estados Partes garantizarán la independencia funcional de los mecanismos nacionales de prevención así como la independencia de su personal”.

Al respecto considero que cuando el OPCAT hace referencia a la independencia del mecanismo nacional de prevención, esta debe entenderse en varios aspectos:

- Independencia en cuanto a su constitución: esto en el entendido de que el mecanismo nacional de prevención no debe constituir parte del Gobierno o del Órgano Judicial, del

Sistema Penitenciario, etc., ni debe ser percibido como tal. Además, su independencia debe garantizarse mediante un marco legal que le permita crear su propia normativa interna que le asegure una administración, unas instalaciones, una financiación y unas formas de comunicación con los detenidos, las instituciones del Estado, la opinión pública y el Subcomité, independientes y diferenciadas.

El lector encontrara la referencia a dotar de un marco legal interno, que le permita al mecanismo nacional de prevención garantizar su existencia como una institución del Estado y que le garantice la independencia de crear su normativa y sus procedimientos, esto no responde a una invención del autor o bien a una situación creada. El Artículo 18 en referencia, en su apartado cuatro refiere:

“...4. Al establecer los mecanismos nacionales de prevención los Estados Partes tendrán debidamente en cuenta los principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”.

El referido Estatuto, más conocido como **Principios de París**, es un conjunto de criterios para el buen funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos y constituye un valioso insumo para identificar los principios rectores sobre los cuales se basará el funcionamiento de los mecanismos nacionales de prevención. Así, el principio de París A dos, dice:

“La institución nacional dispondrá del mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia”.

Con esto queda claro que los mecanismos nacionales de prevención no deben depender de la buena voluntad de ningún Gobierno en particular, y su carta de fundación debe reflejar este hecho. Es fundamental, pues, que se establezcan por ley o, de preferencia, mediante una enmienda constitucional. Cuando los mecanismos nacionales de prevención se establecen simplemente por Decreto Presidencial o de otra índole, es más fácil abolirlos o limitar las facultades necesarias para su funcionamiento eficaz. La legislación no debe limitarse a enunciar principios generales, sino que debe detallar medidas para asegurar el funcionamiento y la independencia de los mecanismos nacionales de prevención en la práctica.

- Independencia en cuanto a su personal: el personal del mecanismo nacional de prevención debe ser independiente, por lo que no debería pertenecer a un cargo en activo del sistema de justicia penal o que haya dejado de ocuparlo recientemente, así mismo no puede tener vinculación alguna al Órgano Ejecutivo, puesto que esto pondría seriamente comprometida la labor del mecanismo nacional de prevención. En tal sentido, debe contar con autoridad para elegir su propio personal sobre la base de requisitos y criterios que él mismo determine.

Los Principios de París, refieren que en las instituciones de derechos humanos podrían incluirse representantes del Órgano Legislativo, sin embargo, en el contexto de los mecanismos nacionales de prevención no es posible la presencia de Diputados pertenecientes al Gobierno en turno o bien que pertenezcan al ámbito político, aunque fuera en calidad de asesores. El mandato del mecanismo nacional de prevención, en cuanto a establecer un diálogo con las autoridades del Estado para la búsqueda de soluciones, no contempla que las mismas autoridades estén dialogando que recomendaciones se darán.

- Independencia en cuanto a los nombramientos: Cuando los mecanismos nacionales de prevención sean de nueva creación, la legislación debe incluir un procedimiento para la designación de sus miembros que detalle el método, los criterios y la duración del

nombramiento, las inmunidades y los privilegios y los procedimientos de destitución y apelación. Los miembros deben ser expertos independientes en campos pertinentes (como las ramas pertinentes del derecho, derechos humanos, psicología, medicina)

En tal sentido, el Ejecutivo no debería poder decidir directamente sobre las personas o persona que ha de nombrarse como integrantes. Puede darse el caso de la creación de un órgano especial de nombramiento integrado por personas de la sociedad civil o del Congreso, o bien de una de ambas pero, en el caso del Congreso, sólo cuando en el Estado existe una verdadera separación entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Dentro de este apartado he hecho referencia a las inmunidades y prerrogativas, esto debido a que el Artículo 35 del OPCAT establece que se les reconocerá a los miembros del mecanismo nacional de prevención las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones. Por lo que el mismo Artículo 35 hace referencia a tomarse como modelo las secciones 22 y 23 de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, con lo cual se establece:

“Sección 22. A los peritos (aparte de los funcionarios comprendidos en el artículo V) en el desempeño de misiones de Naciones Unidas se les otorgará inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones, durante el período de sus misiones, inclusive el tiempo necesario para realizar los viajes relacionados con las mismas. En especial gozarán de:

- a) Inmunidad contra arresto y detención y contra el embargo de su equipaje personal.

- b) Inmunidad contra toda acción judicial respecto a palabra habladas o escritas y a sus actos en el cumplimiento de su misión. Está inmunidad contra toda acción judicial continuará aunque las personas interesadas hayan cesado ya de trabajar en misiones para las Naciones Unidas.
  
- c) Inviolabilidad de todo papel y documento.
  
- d) Para los fines de comunicarse con las Naciones Unidas, el derecho a usar claves y de recibir papeles o correspondencia por estafeta o en valijas selladas.
  
- e) En lo que respecta a moneda o regulaciones de cambio, las mismas facilidades que se dispensan a los representantes de gobiernos extranjeros en misiones oficiales temporales.
  
- f) Las mismas inmunidades y facilidades con respecto a su equipaje personal que las que se dispensan a los enviados diplomáticos”.

Las inmunidades y prerrogativas enunciadas, deben ser entendidas de acuerdo a la sección 23, la cual establece que estas tienen vigencia una vez sean utilizadas para los fines de las Naciones Unidas y no para fines de cada individuo. Por lo que pueden ser retiradas por el Secretario de Naciones Unidas en cualquier momento cuando a su juicio se impide el curso de la justicia.

- Independencia financiera: el apartado tres del Artículo 18 obliga a los Estados a proporcionar los recursos necesarios para el funcionamiento de los mecanismos nacional de prevención:

“Artículo 18. ... 3. Los Estados Partes se comprometen a proporcionar los recursos necesarios para el funcionamiento de los mecanismos nacionales de prevención...”

De acuerdo con los Principios de París la autonomía financiera es un principio fundamental, sin el cual un mecanismo nacional de prevención no sería capaz de ejercer su autonomía operacional ni su independencia en la toma de decisiones. Para tal fin, la legislación reguladora debe proporcionarles una financiación adecuada a largo plazo y negar a los gobiernos la facultad de castigarlos por sus críticas privándolos de fondos.

A todo lo referido debe añadirse la disposición del Artículo 18.2 del OPCAT, que se refiere a la pericia de sus miembros y a que en su composición debe tenerse en cuenta el equilibrio de género y la adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios del país. También es importante que los miembros del mecanismo nacional de prevención tengan conocimientos lingüísticos relevantes ya que la información que se obtenga durante las entrevistas, por lo general, será mejor si los miembros se pueden comunicar directamente con sus interlocutores (la diversidad lingüística de los miembros del mecanismo nacional de prevención también puede ahorrar gastos y la incomodidad de depender de intérpretes).

Las personas privadas de libertad podrán sentirse más o menos cómodas al hablar de cuestiones que pueden ser muy íntimas con personas de sexo opuesto. Por ejemplo, una mujer detenida puede expresarse con mayor libertad para tratar cuestiones de

violencia sexual o de acoso si es entrevistada por otra mujer. Los miembros de un grupo étnico o minoritario pueden sentirse más cómodos hablando del trato que reciben con alguien que pertenezca a su mismo grupo. Pueden desconfiar intrínsecamente de los motivos que animan a una persona que pertenezca al grupo dominante. De ahí que el objetivo pronunciado en el Artículo 18 deberá incorporarse a la legislación nacional de implementación del Protocolo y al proceso de nombramiento de los miembros del mecanismo nacional de prevención.

### **4.3. Mandato del mecanismo nacional de prevención**

El Artículo 19 del OPCAT señala el mandato del mecanismo nacional de prevención, teniendo como cometido realizar visitas periódicas a lugares de detención o de privación de libertad, además de hacer recomendaciones a las autoridades competentes. El inciso c) del citado artículo también otorga el mandato de poder revisar la legislación vigente y, si se considera necesario, realizar recomendaciones para su modificación o bien para su derogación, así como proponer proyectos de ley.

Artículo 19. Los mecanismos nacionales de prevención tendrán como mínimo las siguientes facultades:

a) examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad en lugares de detención, según la definición del Artículo 4, con miras a fortalecer, si fuere necesario su protección contra la tortura y otros tratos ...

b) Hacer recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad y de prevenir la tortura y otros tratos... tomando en consideración las normas pertinentes de las Naciones Unidas.

c) Hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación existente o de los proyectos de ley en materia.

La ley que de vida al mecanismo nacional de prevención debe incluir disposiciones por las cuales se conceda la facultad de presentar por propia iniciativa informes y, cuando sea oportuno, dirigirse personalmente a los directores de lugares de detención, Órganos Legislativos, Poder Ejecutivo y otras instituciones políticas. Los mecanismos para la cooperación y el diálogo deben incluir cauces para el contacto inmediato con los directores de los lugares de detención y con el Órgano Ejecutivo en los casos en que sea necesaria una acción urgente. Es necesario notar que las recomendaciones e informes no son el único fin del mecanismo nacional de prevención, sino la supervisión de que las recomendaciones sean cumplidas genera un sistema de control sobre los avances del Estado para prevenir las prácticas de tortura.

El mecanismo nacional de prevención debería, además estar facultado para fijar plazos razonables para el cumplimiento de sus recomendaciones.

#### **4.4. Obligaciones del Estado derivadas de la ratificación del OPCAT**

Las obligaciones del Estado para con los mecanismos nacionales de prevención, establecidas dentro del Artículo 20 del OPCAT, constituyen las garantías para el funcionamiento eficaz en su labor preventiva. Las mismas las desarrollo a continuación:

- a) Acceso pleno a toda la información pertinente: Los mecanismos nacionales de prevención deben tener acceso pleno y sin demora a toda la información que puedan necesitar para cumplir sus funciones, incluido el número de personas privadas de libertad, el número de lugares de detención y su localización, así como la información sobre el trato que reciben estas personas y sus condiciones de detención.

- b) Accesibilidad plena y segura: Todos los detenidos, los familiares y amigos de los detenidos, los abogados de los detenidos, los ex detenidos, el personal de los lugares de detención y cualquier otra persona u organización que desee presentar quejas o transmitir información al mecanismo nacional de prevención, debe poder hacerlo de manera fácil, sin demora, sin testigos y sin consecuencias negativas para ellos o para cualquier detenido implicado o mencionado. Para tal fin, la información sobre los mecanismos nacionales de prevención y sobre las formas de contactar con ellos debe estar a disposición del público en general, y de todos los detenidos en particular.
- c) Definición lo más amplia posible de lugares de detención y detenidos: Estos términos deben incluir –sin estar limitados a ellos los siguientes lugares y las personas recluidas en ellos: comisarías de policía, puestos y centros de detención del ejército y de otras fuerzas de seguridad, todos los centros de reclusión preventiva, prisiones preventivas, prisiones para personas condenadas, centros de trabajo de los presos fuera de las prisiones, hospitales o clínicas donde los presos reciben tratamiento, centros de rehabilitación y lugares similares para menores, centros para inmigrantes, zonas de tránsito en puertos internacionales, centros para solicitantes de asilo, refugiados o desplazados internos detenidos, instituciones psiquiátricas y lugares de detención administrativa.
- d) Acceso pleno, inmediato y sin restricciones a todos los lugares de detención y a los detenidos: Debe permitirse a los mecanismos nacionales de prevención la visita a cualquier lugar de detención. Las visitas pueden ser planeadas, anunciadas y coordinadas de antemano. Sin embargo, deben tener la facultad de llegar, sin previo aviso, a la puerta de cualquier lugar de detención y serles permitido el acceso inmediato a su interior, inspeccionar toda la instalación o cualquier parte de ella que decidan, durante el tiempo que decidan, y entrevistarse sin testigos con cualquier detenido o miembro del personal que deseen. Las visitas deben incluir reuniones

con el director del lugar de detención. La financiación debe ser suficiente para costear visitas con una frecuencia suficiente para facilitar una vigilancia eficaz.

- e) Comunicaciones directas con el Subcomité, sin restricciones y sin intervención de terceros: Los mecanismos nacionales de prevención deben poder comunicarse o intercambiar la información que consideren necesaria con el Subcomité sin que el Gobierno o cualquiera de sus organismos interfieran, vigile, registre o exija información sobre tales comunicaciones en cualquier forma.

#### **4.5. Mecanismos de creación o designación del mecanismo nacional de prevención**

Por vez primera un instrumento internacional –OPCAT- fija los criterios y garantías específicas que deben ser respetadas por los Estados a la hora de crear o de designar un mecanismo de verificación y prevención de derechos humanos; dicha situación, además, garantiza independencia y se asegura que funcionarán libres de toda interferencia indebida. Es importante señalar que el texto del OPCAT, no especifica la forma que tienen que tomar estos mecanismos, dejando cierto margen de maniobra a los Estados para escoger entre diversas instituciones tales como comisiones de derechos humanos, Ombudsman, comités parlamentarios e incluso organismos de sociedad civil, las que serán designadas para cumplir su función.

El proceso de determinación del mecanismo nacional de prevención representa un reto para el Estado de Guatemala, de ahí que las distintas entidades, gubernamentales o no, deban participar dentro del proceso de creación o designación del mismo. Por lo tanto, debe considerarse como primer paso, la necesidad de integrar una Comisión Nacional encargada de la conformación del mecanismo nacional de prevención, la cual

debería estar integrada por lo menos con algunas de las instituciones que se enumeran a continuación:

- Representantes del poder ejecutivo y miembros relevantes de la administración permanente con conocimientos técnicos.

- Sociedad Civil

- Instituciones nacionales de Derechos Humanos (en el caso de Guatemala el Procurador de los Derechos Humanos)

- Organizaciones que ya han realizado visitas a lugares de detención o que realizan.

- Miembros del Congreso de la República.

- Organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales regionales o internacionales.

De la enumeración de organizaciones que deberían participar, debe observarse que no necesariamente deben estar en el proceso de creación por decisión unilateral, sino que la presencia de cada una de las organizaciones debería responder a un mapeo primario de las organizaciones que trabajen en la prevención, rehabilitación, difusión y sensibilización de la tortura, esto en el caso de la sociedad civil. En el caso de las entidades gubernamentales, es necesario que se incluyan aquellas que por su mandato legal o su naturaleza tengan relación directa con la prevención de la tortura. En tal sentido, cualquier esfuerzo que se realice para la creación del mecanismo nacional de

prevención, debería ser guiado por una institución gubernamental o bien que esta delegue en un órgano específico la función de organizar la comisión de creación.

Independientemente de quien sea designado como ente encargado de la conformación del mecanismo nacional de prevención, el órgano designado como idóneo tendría que dar una amplia difusión del proceso, convocar a participar en él, y de ahí que el segundo paso a desarrollarse responda a la lógica de un **Inventario**, el cual debe ir dirigido en dos vías:

a) conocimiento de cuántos y en donde se ubican los lugares públicos en los que permanecen personas privadas de su libertad. De cada lugar debería contarse con la siguiente información como mínimo:

- Capacidad del lugar o centro.

- Institución u órgano estatal del que depende la instalación.

- Número de personal que trabaja en el.

- Poderes e inmunidades que pueda poseer la institución.

- Presupuesto y métodos de trabajos.

b) Que órganos ya realizan visitas a centros de detención en el país.

- Qué instituciones visita (centros penitenciarios, hospitales públicos, centros psiquiátricos, guarderías infantiles, entre otros lugares)
  
- Cuanto personal cuenta para realizar dichas visitas.
  
- Cual es el nivel técnico y profesional de la institución. (Prestigio)
  
- Cuales son sus métodos para la realización de visitas y que resultados ha obtenido en virtud de los mismos.

Una vez obtenida esta información, el órgano rector de la conformación podrá identificar necesidades y las dimensiones del trabajo que el mecanismo nacional de prevención deberá desarrollar. Pero podría determinar que los órganos domésticos (debe entenderse como órgano doméstico aquel que realiza visitas a los lugares de detención, pero que carece por su naturaleza de elementos esenciales de un mecanismo nacional de prevención según el OPCAT), es decir los órganos que han presentado su información cumplen adecuadamente con la función de prevención. Puede determinar entonces si existe la necesidad de crear un órgano nuevo que se constituya como mecanismo nacional de prevención o bien que exista un órgano doméstico que pueda asumir las funciones propias y por lo tanto dotarle a este de los elementos necesarios para que pueda fungir como tal. En este último caso deberían considerarse algunos factores determinantes para poder designarle como mecanismo nacional de prevención:

- ¿Qué prácticas de trabajo realiza?

- ¿Cómo perciben su función los detenidos, funcionarios, y el público en general?
  
- ¿Ha ejercido dentro de su mandato actual o anterior alguna función contraria al mandato del OPCAT?
  
- ¿Trabaja con sociedad civil o con entes estatales para el desarrollo de sus funciones?
  
- ¿Cuenta con la pericia multidisciplinaria que se requiere?

Se considera oportuno señalar que en algunos casos existen órganos de visita que al carecer por naturaleza del elemento esenciales de un mecanismo nacional de prevención no pueden contribuir como complemento del mismo o ser designados como tales, Léase: fiscalías de ejecución penal; jueces de ejecución penal; comités o comisiones presidenciales de inspección administrativa.

En todo caso, la comisión o el órgano designado para la conformación del mecanismo nacional de prevención, debe establecer la necesidad de crear uno o varios, esto en dos vías: i. por cuestiones temáticas (Un mecanismo para cárceles, uno para hospitales, uno para guarderías, etc.); y ii.) Por cuestiones geográficas (Un mecanismo para cada región)

Crear varios mecanismos nacionales de prevención por cuestiones temáticas, para el caso Guatemala, considero que no sería recomendable, pues si se garantiza la composición multidisciplinaria y se dota de capacidad administrativa para la contratación de su personal, podría cubrir todas las áreas correspondientes a cada situación específica de privación de libertad. Además, la situación geográfica nos indica

que no es un territorio sumamente extenso y su división política administrativa no es federal.

#### **4.5.1. Mecanismo nacional de prevención y sociedad civil**

En la mayoría de ocasiones los compromisos más sólidos en materia de derechos humanos se encuentran en las actividades que realizan las organizaciones de sociedad civil, resultando posible que en el país ya estén presentes diariamente en lugares de detención procurando servicios de diversa índole o bien interviniendo por las condiciones y trato de las personas privadas de libertad. Observar esta circunstancia anota como importante la participación de la sociedad civil dentro del mecanismo nacional de prevención, o bien su acompañamiento e información. Además, la labor de la sociedad civil puede servir para evaluar y analizar al mecanismo nacional de prevención en su funcionamiento, esto en el entendido que si no depende del ejecutivo ni del judicial, pues tampoco deberá rendirles cuentas de su trabajo, por consiguiente la sociedad civil puede asumir un rol importante en la rendición de cuentas del mecanismo nacional de prevención.

De las funciones que podría cumplir la sociedad civil y que narré brevemente, debo añadir que: si el órgano encargado de la conformación del mecanismo nacional de prevención considera oportuno que una entidad de sociedad civil pueda fungir como tal, debería tener en cuenta lo siguiente:

a) Ventajas:

- Gozan de independencia orgánica hacia el ejecutivo

- Han ganado credibilidad por parte de las personas privadas de libertad.
- Profesionalidad en la labor realizada por el mecanismo nacional de prevención.

b) Desventajas:

- No suelen tener por ley el acceso pleno a los centros de detención
- Sus recomendaciones pueden ser tomadas menos en serio por las autoridades
- Puede ser que su visión institucional, al final, sea distinta a la que busca el mecanismo nacional de prevención
- Su grado de independencia podría variar en el futuro.

En cualquier caso la sociedad civil siempre debe ser tomada en cuenta dentro de los procesos del mecanismo nacional de prevención, tal y como lo referí con anterioridad, la sociedad civil puede cumplir funciones sobre o para el mecanismo nacional de prevención. Además, es importante señalar, que debe entenderse que el mecanismo nacional de prevención no puede utilizarse como excusa para privar del ingreso a centros de detención a organizaciones de sociedad civil.

#### **4.5.2. Mecanismo nacional de prevención y Procurador de los Derechos Humanos**

Muchos países le han apostado a que sus Defensores del Pueblo o Procuradores de Derechos Humanos, sean quienes asumen la función del mecanismo nacional de prevención, esto en virtud de tener una independencia garantizada en la Constitución Política y por que la institucionalidad ganada en el tiempo permite tener una estructura ya creada a la cual solo habrá que darle algunos elementos para que pueda fungir como tal, así el caso de los dos únicos países de Latinoamérica que ya cuentan con mecanismos nacionales de prevención: Costa Rica y México. Los demás países aún se encuentran pendientes de formarlos o bien de llevar a cabo los procesos ante el Estado para que se les de validez jurídica.

En el caso de Guatemala, muchos podrán observar a la Institución del Procurador de los Derechos Humanos como la más adecuada, esto en el entendido que cuenta con defensorías especializadas en temas de población vulnerable, auxiliatura en todo el país y personal profesional y multidisciplinario. Sin embargo, hay consideraciones importantes que tener presentes, tal es el caso del mandato amplio del Procurador y lo cual implica no tener siempre el suficiente personal y el suficiente recurso para poder cumplir con un conjunto de visitas sistemáticas a centros de detención. Esto, además, traería un cambio en la lógica de algunas de sus defensorías, las cuales están acostumbradas a reaccionar ante denuncias y no a realizar visitas preventivas constantes y con la visión de no sancionar sino de prevenir.

Además, el OPCAT dispone que el mecanismo nacional de prevención realice un dialogo constructivo con las autoridades, y esto conllevaría a que ante situación de maltrato o malas condiciones el Procurador vería disminuida su capacidad de autoridad para conocer de dichas denuncias o situaciones, pues su carácter sería solo preventivo. No obstante esto requeriría que la oficina del Procurador separara sus funciones

eficazmente. Pensando en las personas privadas de libertad, a estas les podrá parecer confuso que una institución cambie su papel y adopte otro rol.

Considero que en Guatemala, la Institución del Procurador de Derechos Humanos no debe asumir la función del mecanismo nacional de prevención, esto en virtud de lo señalado, pero si es importante que participe dentro de la estructura del mismo, esto pues sus funciones al final buscan el respeto a los derechos humanos, con un enfoque distinto para algunos. El mecanismo nacional de prevención y el Procurador de Derechos Humanos son dos instituciones que no se obstaculizan, y por lo tanto su relación es de doble vía, ambas se constituyen en apoyo de la otra.

#### **4.6. Modelo de mecanismo nacional de prevención para Guatemala**

La propuesta se basa en un tipo de modelo y el mismo tiene dos órganos esenciales para su funcionamiento, no obstante que previo a poder presentar la propuesta debo realizar unas consideraciones previas. Luego poder presentar uno a uno los dos órganos que compondrían el mecanismo nacional de prevención, así como algunas de sus funciones y componentes.

##### **4.6.1. Consideraciones previas**

Debido al contexto guatemalteco existe la posibilidad de conformar el mecanismo nacional de prevención de tres formas, estas formas responden a tener en consideración tres modelos: el modelo Estatal, el modelo Mixto y el modelo Nuevo. En tal sentido, cada modelo podría integrarse de la siguiente manera:

- Modelo Estatal: En virtud de lo indicado dentro de la presente Tesis, si el Estado de Guatemala quiere concentrar al mecanismo nacional de prevención en su seno, el órgano más idóneo sería El Procurador de los Derechos Humanos. En este caso, debido a la simpleza de la integración del Mecanismo no existiría un procedimiento complejo para su conformación sino que sería encausado por las políticas institucionales del Procurador de los Derechos Humanos.

- Modelo Mixto: La segunda opción es que el Mecanismo Nacional de Prevención sea integrado de forma mixta, esto significa que el Estado estaría representado a través de la Procuraduría de los Derechos Humanos y el complemento de estos órganos sin duda serían las Organizaciones de Sociedad Civil con experiencia en la visita a centros de Privación de Libertad. En este caso el procedimiento de elección de los que integran será principalmente destinado para la elección de las organizaciones de Sociedad Civil que integrarían, procedimiento que podría realizarse a través de una comisión de postulación y que sean electas por el Congreso de la República.

- Modelo Nuevo: La tercera posibilidad es que el Mecanismo Nacional de Prevención sea un ente nuevo, una institución creada de una forma tal que se pueda garantizar su funcionalidad y su independencia. Siendo esta la propuesta a presentar en el marco de esta Tesis.

#### **4.6.2. Propuesta de órganos del mecanismo nacional de prevención**

##### **4.6.2.1. Comisión Nacional para la prevención de la Tortura**

La propuesta para Guatemala es un mecanismo nacional de prevención del tipo de modelo nuevo, este sería una institución creada mediante un Decreto Legislativo y bajo los criterios ya señalados en esta tesis con anterioridad. Así, la propuesta concreta es la creación de la **Comisión Nacional para la Prevención de la Tortura**, la cual se

constituirá en el mecanismo nacional de prevención para Guatemala, teniendo la obligación de desarrollar el mandato establecido en el OPCAT.

Para el efecto, la Comisión Nacional para la Prevención de la Tortura –en adelante la comisión- será definida como el órgano principal y autónomo designado por el Estado de Guatemala que dirige el mecanismo nacional de prevención de tortura, otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, desarrollando su labor en el marco de la Convención de Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, así como en la Constitución Política de la República de Guatemala y en las directrices, reglas y principios internacionales sobre privación de libertad.

La comisión, estará conformada por cinco personas comisionadas independientes y que no actúan en representación de nadie, electos para un periodo de cinco años y de una lista obtenida por convocatoria pública realizada por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República mediante su Diputado presidente. La convocatoria se realizará en los medios de comunicación y por comunicados dirigidos a las instancias de sociedad civil para que estas difundan la convocatoria entre las personas. Además de los cinco comisionados electos y nombrados, la comisión contara con la participación del Procurador de los Derechos Humanos, el cual no constituye un sexto comisionado, sino guarda una relación de cooperación interinstitucional.

La participación de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, radica en la necesidad de independencia especial del Órgano Ejecutivo y Judicial, por lo que el órgano estatal con calidad de poder designar a los comisionados sería el Congreso de la República mediante su Comisión de Derechos Humanos, la cual tiene como función de acuerdo al Artículo 4 del Decreto No. 54-86: Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos la de "... promover el estudio y actualización de la legislación sobre derechos

humanos en el país, conociendo con especialidad, leyes, convenios, tratados, disposiciones y recomendaciones para la defensa, divulgación promoción y vigencia de los derechos fundamentales inherentes a la persona, su dignidad, integridad física y psíquica y el mejoramiento de la calidad de vida, así como el logro del bien común y la convivencia pacífica en Guatemala”.

Ahora bien, el por qué de la participación del Procurador dentro de la estructura, tiene una lógica importante y resulta ser que por su naturaleza el mecanismo nacional es un órgano de prevención y por lo tanto su estructura estará acondicionada a realizar visitas sistémicas, a crear medios de diálogo con las autoridades y generar espacios de evaluación y coordinación con autoridades locales y nacionales, así como con el Subcomité, todas tendientes a prevenir la tortura. Pero en el caso de que este órgano requiera de un apoyo urgente por existir denuncias o hechos urgentes que atender, el Procurador, por su estructura ya consolidada y su presencia en todo el país, podrá prestar el apoyo necesario para la realización de las diligencias tendientes a exigir el cese en la violación a los derechos humanos, todo esto definiéndose entre ambas instituciones.

En consecuencia, con lo hasta acá propuesto, la elección de las personas comisionadas responderá a un procedimiento interno de la Comisión de Derechos Humanos, proponiéndose que la Comisión de Derechos Humanos designe un equipo de postulación el cual depurará la lista inicial y escogerá a quince personas de las cuales cinco serán electas como Comisionados y cinco como Comisionados suplentes mediante el voto por mayoría simple. Todos los electos deben responder a un perfil, proponiendo el siguiente:

- Guatemaltecos/as de origen.
  
- Mayores de edad.

- Personas con integridad moral y reconocida competencia en el ámbito de su profesión.
- De preferencia con estudios profesionales en materia de Derechos Humanos.

Resultando incompatible con el desempeño de:

- Cargo directivo de partido político, de organización sindical o patronal
- Cargo o rango en el ejercito nacional, o bien que guarde calidad de militar en reserva.
- Con la calidad de ministro de cualquier religión o culto.
- Con el desempeño de cualquier cargo público.

#### **4.6.2.1.1. Estructura orgánica mínima**

La comisión, deberá contar con una estructura orgánica que le permita poder desarrollarse administrativamente y operativamente, teniendo la necesidad de desconcentrarse estas funciones de los comisionados. Así, la comisión dentro de su estructura mínima debería contar con una Secretaría Ejecutiva, la cual tendría a su cargo las siguientes atribuciones:

- a) Dirigir, planificar y coordinar el trabajo de la secretaria ejecutiva;

- b) Elaborar, en consulta con la comisión, el proyecto de programa presupuesto.
- c) Preparar, en consulta con la comisión, la planificación estratégica y operativa del mecanismo nacional de prevención.
- d) Asesorar a la comisión en el desempeño de sus funciones.

Las funciones serían:

- Preparar los proyectos de informes anuales.
- Firmar y remitir las recomendaciones, investigaciones y comunicaciones emitidas por la comisión hacia las autoridades nacionales.
- Dirigir a los entes administrativos correspondientes.

Además, la comisión podría conformar relatorías, lo cual considero oportuno, puesto que si es un sólo mecanismo nacional de prevención, cada relatoría podrá tomar una categoría de privación de libertad y así hacer funcional el mecanismo de visitas. En tal sentido, cada comisionado dirigiría una relatoría con su propio equipo de trabajo.

El trabajo por relatorías, permite también, que el relacionamiento con los entes gubernamentales sea especializado, atinado en cuanto a la propuesta de desarrollo de políticas públicas tendientes a la resolución de la problemática establecida para cada centro e institución en particular.

#### **4.6.2.2. Consejo consultivo**

El consejo consultivo será un órgano autónomo de la Comisión Nacional para la Prevención de la Tortura, compuesto por cinco personas consejeras las cuales deberán ser propuestas por organizaciones de derechos humanos que cuenten con trabajo en materia de prevención, investigación, erradicación, rehabilitación y tratamiento de la tortura, otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Los consejeros serán electos por un periodo de cinco años de una lista propuesta por las organizaciones de sociedad civil y los cuales serán seleccionados y nombrados por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República.

El consejo consultivo tendrá entre sus funciones:

- Proponer, sugerir y recomendar los programas y proyectos a desarrollar.
  
- Recomendar y evaluar técnicas y medios de coordinación y cooperación entre las autoridades y el mecanismo nacional de prevención.
  
- Realización de congresos seminarios y jornadas académicas.
  
- Acciones divulgativas de todo los tipos.
  
- Informes y dictámenes que le sean encargados por la comisión.

- Seguimiento a los procesos de planeación ejecución y evaluación.

Al respecto debería contarse con un listado de organizaciones que trabajen en el tema de tortura y que tengan reconocida trayectoria en el ámbito al cual se dedican. Al igual que con la comisión, los cinco consejeros deberán contar con un suplente cada uno y todos serán electos por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso. Es importante referir que éstos no tendrían un presupuesto asignado como salario, sino solamente para el pago de dietas por asistencia a cada reunión.

Debo indicar, finalmente, que la presente tesis establece 10 principios generales que deben observarse en Guatemala para el establecimiento del mecanismo nacional de prevención nuevo, siendo los siguientes:

- Independencia.
- Establecimiento por ley.
- Financiación adecuada, libre de restricciones políticas.
- Composición de los mecanismos nacionales de prevención: independientes, capaces, con equilibrio de género, representativos.
- Acceso pleno a toda la información pertinente.
- Accesibilidad plena y segura.

- Definición lo más amplia posible de lugares de detención y detenidos.
  
- Acceso pleno, inmediato y sin restricciones a todos los lugares de detención y a los detenidos.
  
- Comunicaciones directas con el Subcomité, sin restricciones y sin intervención de terceros.
  
- Las recomendaciones de los mecanismos nacionales de prevención deben tomarse en serio.

El comité formado por el Estado de Guatemala para la creación del mecanismo nacional de prevención, no puede actuar deliberadamente, sino, debe observar esta serie de principios enumerados, debe dar garantía de una participación de sociedad civil en el proceso de construcción y, además, debe hacer participe al Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, por los aspectos que ya señale.

Es importante, debo señalarlo, que el mecanismo nacional de prevención se encontrará, además, frente a la esfera de derechos caracterizada por el desarrollo progresivo para su cumplimiento, por lo que debe ser muy cauto hacia el diseño de un trabajo suficientemente eficaz en la protección de grupos poblacionales considerados vulnerables. Debe, por lo tanto, contar con operadores políticos que incidan en la instalación de políticas públicas sostenidas, es decir, que no sean cambiantes por voluntad de gobiernos en turno.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el mecanismo nacional de prevención se constituye como una de las instituciones llamada a velar por los derechos de las personas frente a los órganos del poder, buscando preservar su dignidad como seres humanos, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejen las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.

En consecuencia, el mecanismo nacional de prevención tiene un carácter dinámico, que corresponde a las relaciones de poder y a las ideas prevalecientes en el seno de la sociedad en que los derechos adquieren vigencia, en ese contexto, el mecanismo deberá, además de ser protector de los derechos humanos, velar por que su condición de consagración no sea irreversible.



## CONCLUSIONES

1. Jurídicamente se puede diferenciar a la tortura de los otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, por la finalidad del acto, de tal suerte que serán tortura todos aquellos acontecimientos que se realicen para obtener una de las finalidades señaladas en las distintas convenciones internacionales de derechos humanos – castigar, interrogar o intimidar-; mientras que los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes no buscan la obtención de esos fines, pero su práctica cotidiana y de larga duración puede superar el maltrato y alcanzar el grado de tortura.
2. La tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, son actos que deben ser deliberadamente inflingidos, no importando su finalidad estos siempre buscan destruir la dignidad de la persona, situación que ha conllevado al derecho internacional de los derechos humanos a considerar el derecho a no ser torturado dentro de las normas de ius cogens, esto es: inderogable, imprescriptible y no sujeta a justificación alguna.
3. Las condiciones y trato que reciben las personas privadas de libertad, pueden constituir tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, situación que es condenada y prohibida en el derecho internacional y, por lo tanto, esta incluida dentro de la categoría general de crimen contra la humanidad, siendo seleccionada y tratada de forma especial en convenciones, fallos de cortes nacionales y de organismos internacionales.
4. El Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un instrumento internacional cuya naturaleza busca la prevención de las prácticas enunciadas mediante la creación de dos mecanismos de monitoreo periódico a lugares de detención.

5. El mecanismo nacional de prevención es el ente autorizado para monitorear las condiciones y trato de las personas privadas de libertad o detenidas dentro de un país, lo que lo convierte en el modelo ideal de prevención y en el mecanismo adecuado de generación de espacios de diálogo con los gobiernos para la obtención del respeto de la dignidad de la persona humana privada de su libertad.

## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe reformar el Artículo 201 del Código Penal, en el sentido de que se acondicione a las observaciones realizadas por los órganos internacionales, pues es necesario contar con elementos claros en la tipificación que permitan diferenciar la tortura de otros tratos, penas crueles, inhumanos o degradantes.
2. El Estado de Guatemala, debe implementar políticas públicas acordes con las recomendaciones y observaciones emitidas por los órganos internacionales, esto con el objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad por orden judicial o administrativa, de tal suerte, que permita el cumplimiento de los fines de cada centro de detención y permita el respeto efectivo de los derechos humanos.
3. El Estado de Guatemala debe implementar, por medio de sus instituciones, una política de accesibilidad a la información, situación que hace posible el desarrollo del mecanismo nacional de prevención.
4. El Congreso de la República debe emitir la Ley de Creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Respetando los principios de independencia, profesionalidad, equidad y multiculturalidad en su conformación, de la misma forma el acceso irrestricto a todos los lugares de detención y a cualquier información, situación que contribuye a la prevención de la tortura en el país.



**BIBLIOGRAFÍA**

- Amnistía Internacional.** <http://www2.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-tortura.html>. (01 de Agosto de 2008).
- Comisión Europea de Derechos Humanos. **Twelve Year Book, Caso Griego.** Pág. 72
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam**, sentencia de fecha cuatro de diciembre de 1991.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Buenos Alves Vs. Argentina**, sentencia de fecha 11 de mayo de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia**, sentencia de fecha ocho de diciembre de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad del Distrito de Cayara vs. Perú**, sentencia de fecha tres de febrero de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso El Amparo vs. Venezuela**, sentencia de fecha 14 de septiembre de 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gangaram Panday vs. Surinam**, sentencia de fecha 21 de enero de 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina**, sentencia de fecha dos de febrero de 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Godínez Cruz Vs. Honduras**, sentencia de fecha 29 de julio de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago**, sentencia de fecha 21 de junio de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú**, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Neira Alegría y otros vs. Perú**, sentencia de fecha 19 de enero de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala**, sentencia de fecha ocho de marzo de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Tibi Vs. Ecuador**, sentencia de fecha siete de Septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**, sentencia de fecha 29 de julio de 1988.

EXTEBERRIA, XAVIER. **Reflexiones sobre tortura**, 1a. ed. Lima, Perú: Ed. Los Altos, 2004.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura. **Un manual para la prevención**, 2a. ed. San José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

JOURSE, DANIEL. **Tratado de la justicia criminal de Francia**, 2t. París, Francia: 1771.

LEDESMA, FAUNDEZ. **El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales**. 1a. ed. San José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

LYONS, LEWIS. **Historia de la tortura**, traducido al español por Enrique Mercado. 1a. ed. México: Ed. Diana, 2005.

MAHIQUES, CARLOS. **La noción jurídica de tortura**, 1a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad Católica de Argentina, 2003.

RAMÍREZ GARCÍA, LUIS Y OTROS. **Manual de Derecho Penal Guatemalteco Parte General**, 1a. ed. Guatemala: Ed. Artemis Edinter, 2001.

RODRÍGUEZ BARILLAS, ALEJANDRO. **Manual para la lucha contra la tortura**, 1a. ed. Guatemala: Ed. Serviprensa, 2007.

Tribunal Internacional de Justicia. **Caso Nicaragua Vs. United State of America**, sentencia de 1986.

URQUILLA BONILLA, CARLOS RAFAEL. **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: fondo y reparaciones**, 1a. ed. San José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

**Convención contra la Tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes**. Organización de las Naciones Unidas, 1984.

**Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura**. Organización de los Estados Americanos, 1987.

**Convención de Viena sobre el derecho de los tratados**. Organización de Naciones Unidas, 1969.

**Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.** Organización de las Naciones Unidas, 2002.

**Código Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 17-73.

**Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 54-86

**Ley de Régimen Penitenciario.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 36-2006